

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jaime Gozalo Fermosel

Director

Carlos Cuadrado Pérez

Madrid, 2014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

**INVALIDEZ DEL TESTAMENTO, ESPECIAL ANÁLISIS
DE SU NULIDAD PARCIAL**

TESIS DOCTORAL

AUTOR: JAIME GOZALO FERMOSEL.

DIRECTOR: Dr. D. CARLOS CUADRADO PÉREZ.

Profesor Titular de Derecho Civil.

Madrid, Octubre 2.013.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO	19
I. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	19
A) “Efectos” de la ineficacia contractual.	29
B) Formas de la ineficacia contractual.....	32
C) Causas de la ineficacia contractual.	36
II. NULIDAD Y ANULABILIDAD COMO MANIFESTACIONES DE LA INVALIDEZ. ...	36
A) Nulidad.....	38
a) Causas.	39
b) Acción de nulidad.	40
c) Efectos.....	45
d) Nulidad parcial.....	47
e) Convalecencia.	52
f) Conversión.	53
B) Anulabilidad.....	55
a) En general.	55
b) Causas.	58
c) Acción de anulabilidad.	60
d) Efectos.....	63
C) La Confirmación.	64
III. PROBLEMÁTICA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA.	69
IV. EN LOS PROYECTOS EUROPEOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS.....	74
A) Inexistencia.	77
B) Imposibilidad originaria.	79

C) Nulidad.....	80
D) Anulabilidad.....	82
E) Ineficacia.....	86
CAPÍTULO SEGUNDO.....	89
I. DERECHO ROMANO Y SU VACILANTE TERMINOLOGÍA.....	89
II. EL “ <i>LIBER IUDICIORUM</i> ” Y SU NORMATIVA SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.	99
III. DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.....	100
IV. TRATAMIENTO DE LA NULIDAD PARCIAL EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS MÁS DESTACADOS DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL.	105
A) Derecho alemán.....	105
B) Derecho italiano.	110
C) Derecho francés.....	118
D) Derecho anglosajón.....	122
E) Derecho suizo.....	123
F) Derecho holandés.	125
G) Derecho portugués.	130
CAPÍTULO TERCERO	135
I. BREVE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS FORALES.	135
A) Aragón.....	135
a) Nulidad del testamento.	136
b) Revocación e ineficacia.	143
B) Baleares.....	145
C) Cataluña.	147
a) Nulidad.....	148
b) Revocación.....	154
c) Caducidad.	159
D) Navarra.....	160

a) Nulidad.....	160
b) Revocación.....	162
c) Caducidad.	163
d) Cláusulas “ <i>ad cautelam</i> ”.....	164
E) País Vasco.....	165
CAPÍTULO CUARTO	168
I. AUSENCIA DE UNA NORMATIVA GENERAL SOBRE INEFICACIA DEL TESTAMENTO.	168
A) Ausencia de regulación de la ineficacia testamentaria.....	168
B) Parcial aplicación a las disposiciones testamentarias de la regulación sobre responsabilidad contractual.....	170
II. DISCUTIDA APLICACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA ANULABILIDAD AL TESTAMENTO.	174
A) Anulabilidad.....	174
a) En general.	174
b) Acción de anulabilidad.	176
B) ¿Es aplicable al testamento?	179
III. ANÁLISIS DE LA NULIDAD TOTAL DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS..	184
A) Causas de nulidad total.	185
B) Efectos de la nulidad total.....	195
C) Acción de nulidad.	198
a) Elementos.....	199
b) Prescripción de la acción de nulidad.....	206
IV. REFERENCIA A LA REVOCACIÓN Y A LA CADUCIDAD DEL TESTAMENTO PRODUCTORAS DE INEFICACIA SOBREVENIDA.....	209
A) Revocación.....	209
a) Requisitos de la revocación.	211
b) Tipos de revocación.	216
c) Reviviscencia y disposiciones irrevocables.	225

d) Destrucción del testamento.	229
B) Caducidad.....	230
CAPÍTULO QUINTO	234
I. CONCEPTO DE NULIDAD PARCIAL Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES.....	234
A) Concepto.	234
B) Principales manifestaciones.	248
a) Falta de la capacidad necesaria.	249
b) Vicios de la voluntad testamentaria.	259
c) Nulidad referida al objeto.	273
d) Nulidad en cuanto a la causa.....	275
e) Nulidad en cuanto a la forma.	277
f) Infracción de normas imperativas.	278
II. EL PROCESO INTERPRETATIVO PARA SU DETERMINACIÓN.	279
A) El proceso interpretativo.	279
B) El principio “ <i>utile per inutile non vitiatur</i> ”.....	296
III. PARENTESCO CON FIGURAS AFINES.....	301
IV. PRESUPUESTOS.	305
V. CAUSAS Y EFECTOS DE LA NULIDAD PARCIAL TESTAMENTARIA.	310
A) Análisis particularizado de los supuestos recogidos dispersamente por el Código civil... 310	
B) Consecuencias de la nulidad parcial.	342
C) La discutible convalidación de las disposiciones testamentarias parcialmente nulas.....	345
D) Criterio de los escasos fallos jurisprudenciales y resoluciones sobre la nulidad parcial del testamento.	351
a) Fallos jurisprudenciales.	351
b) Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.	352
CONCLUSIONES	357
ANEXO I	370
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS	371

- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:..... 371
- SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: 388
- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE CASACIÓN ITALIANA: 392

**ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO..... 393**

ANEXO II..... 394

BIBLIOGRAFÍA 395

ANEXO III 429

SUMMARY 430

- INTRODUCTION..... 430
- OBJECTIVES..... 432
- RESEARCH RESULTS..... 434
- MAIN BIBLIOGRAPHY..... 440

ABREVIATURAS

- **AAMN:** Anales de la Academia Matritense del Notariado.
- **Art.:** Artículo.
- **ADC:** Anuario de Derecho Civil.
- **AP:** Anteproyecto de Pavía o Código Europeo de Contratos.
- **BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
- **C.c.:** Código Civil.
- **CCJC:** Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
- **CDJ:** Cuadernos de Derecho Judicial.
- **ED:** *“Enciclopedia del Diritto.”*
- **FI:** Foro italiano.
- **D:** Digesto.
- **LGDJ:** *“Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.”*
- **NDI:** *“Novissimo Digesto Italiano.”*
- **P:** Partidas.
- **PE:** Principios del Derecho Europeo de Contratos.
- **RDN:** Revista de Derecho Notarial.
- **RDP:** Revista de Derecho Privado.
- **RGLJ:** Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- **RRDGRN:** Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- **RTDC:** *“Revue Trimestrelle de Droit Civile”* (Revista Trimestral de Derecho Civil).
- **RTDPC:** *“Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”* (Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil).
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Cuando antes de afrontar este trabajo me encontré ante la posibilidad de investigar sobre una materia actualmente tan poco regulada en nuestro ordenamiento y a la vez con un tan gran reflejo en la aplicación práctica diaria del Derecho no pude ni por un minuto dudar en descartar el resto de opciones que por ese entonces barajaba y centrarme de lleno en el estudio de una figura tan interesante y llena de posibilidades como lo es la de la invalidez y, con especial énfasis, la de nulidad parcial dentro del Derecho sucesorio y más concretamente en cuanto a los testamentos se refiere.

Como todo estudio, el presente trabajo no ha estado privado de numerosas dificultades y retos derivados tanto de la mencionada ausencia de regulación específica como de la innumerable variedad de supuestos que, de una forma o de otra, caen bajo el paraguas de estas categorías. Retos y dificultades que me alentaron a profundizar más y más sobre el objeto de estudio y me llevaron a que afrontase aún con mayor dedicación y entusiasmo el presente trabajo. Estos retos y dificultades nos han demostrado, a su vez, lo importante de las figuras estudiadas y lo necesario de profundizar en su estudio y conocimiento.

Este estudio se ha dedicado a desgranar la categoría de la invalidez para afrontar con unas bases sólidas y fundadas la nulidad en sede testamentaria y la especial relevancia de la nulidad parcial en este ámbito. La ausencia en muchos casos de regulación propia nos ha obligado a penetrar no sólo en las raíces de las propias categorías estudiadas sino también en las de aquellas otras con las que podían tener o parecer tener relación y/o en las que podían encontrarse su origen o fundamentos, tanto dentro como fuera del propio ámbito testamentario.

Como hemos avanzado el amplio bagaje de supuestos prácticos existentes y lo intrincado de las propias figuras estudiadas hacen que el objeto de este trabajo no vaya directamente encaminado a solucionar todos los problemas teóricos y prácticos con los que nos hemos encontrado a lo largo de la investigación, ni a elaborar la teoría general que

abarque la mayoría de supuestos que puedan presentarse en la práctica. Por el contrario, nos hemos fijado en este trabajo el objetivo de continuar abriendo el camino iniciado por unos pocos y colaborar en el establecimiento de las bases y el entorno sobre el que surge la nulidad parcial testamentaria, dando una visión general de la ineficacia y abordando con una mayor concreción la citada figura de la nulidad parcial testamentaria, sus causas y efectos. De esta forma, el fin último buscado es el de establecer los cimientos para la posible determinación de la nulidad parcial como categoría autónoma y sus implicaciones teóricas y prácticas.

Con estas premisas, afrontamos el estudio de esta materia empezando por un análisis general de la ineficacia y de la invalidez, con sus diversas categorías, interpretaciones y ámbitos de aplicación, dentro del Ordenamiento español, estatal y foral, como figuras esenciales en las que luego enmarcar la nulidad en sus diferentes versiones. Esto se complementa con el estudio de estas categorías en diversos Proyectos europeos que han intentado abordar la materia. Todo ello nos ofrecerá una visión global de la actual convulsa situación de estas categorías y, dentro de ellas, la de la nulidad, y, consecuentemente, del marco en el que recae la nulidad parcial. Este marco es completado con diversas notas sobre la regulación de la materia en el Derecho comparado, con un breve estudio de varios de los Ordenamientos extranjeros de nuestro entorno, tales como el francés, el italiano, el alemán, el inglés, el portugués o el suizo.

Establecido este marco general, procederemos a centrarnos en la nulidad testamentaria y posteriormente entraremos a abordar de forma profusa la nulidad parcial, el reconocimiento de la misma, la determinación de la figura dentro del ámbito propiamente testamentario y su importancia en sede práctica, con su aplicación a los casos concretos, y todo ello pese a la manifiesta ausencia de regulación propia y específica de la misma.

Como hemos avanzado todo este trabajo previo nos permitirá acercarnos a la nulidad parcial testamentaria con los instrumentos necesarios para realizar un estudio específico de la misma, de su esencia, sus presupuestos, su proceso de determinación y sus causas y efectos. No dejando de lado en ningún momento el intento de reflejar la visión práctica que realmente tiene la figura.

La ausencia de una profusa regulación ha hecho que tengamos que buscar tanto en otras figuras recogidas en nuestro Ordenamiento, como en sede contractual, así como en los Ordenamientos forales y extranjeros, pero esencialmente en la doctrina y la jurisprudencia para encontrar las bases de la teoría de la nulidad parcial, especialmente dentro del ámbito testamentario. Esta labor de recopilación nos dará un fiel reflejo de la realidad de la categoría y como viene siendo interpretada por nuestros jueces y estudiosos.

Hoy en día nadie puede poner en duda que la nulidad parcial viene recogida en numerosos preceptos de nuestro Código civil, al responder a las necesidades derivadas de las exigencias de la máxima “*utile per inutile non vitiatur*”, pero pese a ello no hay ningún artículo del Código civil que se detenga a definir esta figura de una manera expresa y concreta.

En cuanto al testamento¹, al igual que otros negocios jurídicos, en ocasiones, no llega a producir los efectos deseados por el testador, ya sea por motivos intrínsecos al propio negocio testamentario o por factores extrínsecos al mismo. Como hemos comentado ya, el objetivo final del presente trabajo es centrarse, especialmente, en aquellos casos en que la falta del resultado deseado deviene del

¹ Entre las definiciones de testamento podemos destacar la clásica definición de MODESTINO: “*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*” (D. XXVIII, 1, 1º).

Por su parte el Proyecto del Código civil de 1.851 definía esta figura como el “acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte a favor de una o más personas.” Y el Código civil vigente, en su artículo 667, define el testamento como: “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o de parte de ellos”.

La doctrina, por su parte, establece diversas definiciones que se pueden recoger en dos esenciales: 1.- Las definiciones de sentido muy general, que siguen lo dicho por MODESTINO, y que consideran el testamento como el acto por el cual el hombre manifiesta su última voluntad para que ésta sea cumplida después de su muerte. 2.- Las definiciones de contenido extenso y detallado, como la de MUCIUS SCAEVOLA, que define el testamento como “un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de intereses.” Todo ello según lo recoge CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. VI, vol. 2º, Editorial Reus, Madrid, 1.979, págs. 15 y 16.

Para mayor abundamiento sobre las definiciones doctrinales se puede ver lo dicho por JORDANO BAREA, J. B., *Teoría General del Testamento, en Estudios de Derecho Público y Privado Ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano y Serrano*, T. I, Universidad de Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho Valladolid, 1.966, págs. 440 y ss.

propio testamento, por una falta de cumplimiento de las prescripciones legales, bien en el momento de producirse la manifestación de voluntad o porque falte algún requisito que debiera haberse cumplido con posterioridad, en base al cual hubiese sido permitido de forma provisional por el ordenamiento.

Nuestro Código civil pretende regular este complejo tema en siete artículos, los comprendidos entre el 737 y el 743. Pese a contener en su Libro III, Título III, Capítulo I, Sección X, un epígrafe denominado *“De la revocación e ineficacia de los testamentos”*, en la que se hallan insertos los citados artículos, realmente no vienen regulados en la misma, ni tan siquiera de una manera general, los diversos supuestos en que un testamento es inválido o ineficaz. En esta línea, ya desde 1.964, los tribunales han señalado que: *“nuestro ordenamiento civil no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una formación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aluden, sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos (inter vivos), por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias”* (STS de 12 de Noviembre de 1.964). En este mismo sentido se ha pronunciado también posteriormente el Tribunal Supremo en SSTs de 26 de Noviembre de 1.968 y de 3 de Octubre de 1.979, y más recientemente las Audiencias Provinciales en sentencias tales como la de 12 de Mayo de 2.006 de la Audiencia Provincial de La Coruña, la de 15 de Marzo de 2.007 de la Audiencia Provincial de Madrid o la de 31 de Marzo de 2.009 de la Audiencia Provincial de Cantabria, entre otras.

Esta indefinición dentro de los términos de ineficacia e invalidez en nuestro ordenamiento es la que debemos utilizar como punto de partida. De esta manera, trataremos de fijar dichos conceptos para analizar más adelante si es de aplicación, lo establecido, para el testamento, ya sea de forma global o parcialmente.

Sentadas las bases que se pretenden abordar en el presente trabajo dedicaremos el primer capítulo del mismo al estudio de la intrincada y convulsa relación entre ineficacia e invalidez, dada la falta de unanimidad de la doctrina ni tan siquiera en una definición concreta ni, por ende, en lo que deba recoger cada una de ellas, lo que ha llevado a plantear por algunos autores la necesidad de incluso proceder a acuñar nuevos términos que ayuden a unificar criterios y a aclarar el panorama de las citadas figuras. Estas diversas teorías, como no podía ser de otra manera, serán abordadas desde el punto de vista de los negocios jurídicos, donde tienen su origen. Lo que es evidente es que a día de hoy sigue sin alcanzarse la unanimidad de criterios respecto a las mismas y no parece que vaya a producirse en el corto plazo dicho acuerdo, lo que dificulta pero a su vez hace más interesante e importante el posterior estudio de la nulidad parcial y su encaje y posible regulación propia dentro de un Ordenamiento con tan diversas interpretaciones.

Esta indeterminación no sólo se limita a la propia definición de ineficacia e invalidez, dudándose incluso si una tiene cabida dentro de la otra o realmente son dos categorías total y absolutamente diferenciadas, sino que, a raíz de este origen convulso, tampoco son unánimes las figuras o grados que deben incluirse dentro de cada una de ellas ni, lo que es aún más importante en la aplicación práctica, los efectos que le son propios a cada una de ellas. Lo que se ve, además, aún más intrincado con la relación que las mismas tienen con la inexistencia. De esta forma, los diferentes esquemas dogmáticos defendidos por cada uno de los autores arrojan sus propias conclusiones e interpretaciones. Esta actual “falta de acuerdo”, en el fondo, puede ser lógica dada la juventud de la categoría si tenemos en cuenta su relativo reciente intento de construcción dogmática, mucho más si cabe dentro del ámbito testamentario. Es por ello que no pretendemos dar soluciones o unificar criterios de aquellos que sabiamente ya han abordado el tema sino hacer nuestra aportación al estudio de una materia tan amplia y convulsa, con el fin de proporcionar las bases que lleven, por las vías por nosotros propuestas o por su crítica, a un mejor estudio de la categoría de la nulidad parcial y en especial de la nulidad parcial testamentaria.

De esta forma intentaremos acercarnos a los Proyectos Europeos que abordan el tema a fin de ver si de los mismos se pueden extraer soluciones que puedan aclarar el

panorama en nuestro Ordenamiento o si la situación es igual de convulsa en ellos. Como no puede ser de otra manera, dicha aproximación a la ineficacia y de la invalidez deberá hacerse dentro del ámbito de regulación de los contratos y ver posteriormente si las conclusiones obtenidas pueden tener cabida en sede testamentaria o no.

Establecido el estado actual de dichas figuras, no estaría completo un estudio de este tipo sin, por lo menos, un acercamiento al origen histórico de las mismas. No pretendemos con ello abordar un profuso estudio histórico de las citadas categorías, ya que entendemos más útil y práctico centrarnos en el estado actual, sino ofrecer unas pinceladas esenciales de aquellos momentos históricos con especial relevancia para el desarrollo del verdadero objeto de estudio de este trabajo. Así, buscaremos el origen de las diversas categorías dentro del Derecho romano, con sus diversas nomenclaturas y variedad de términos, más que posible origen de las actuales controversias en la determinación del encaje actual de cada figura, lo que nos puede llevar a encontrar en el mismo incluso el origen de la propia nulidad parcial. Además destacaremos el “*Liber Iudiciorum*” que recoge la nulidad parcial dentro del propio ámbito testamentario. Para concluir con la evolución del propio Derecho español con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil actual, con el fuerte influjo romano y la adopción de sus premisas en cuanto a la nulidad.

Esta visión general e histórica de la ineficacia y de la invalidez, y propiamente de la nulidad debe complementarse con el tratamiento que de la nulidad hacen en los Ordenamientos jurídicos más destacados de nuestro entorno. Y, cómo en ellos se decantan en unos casos por la preeminencia de la nulidad total y en otros por la de la parcial, así como de los argumentos esgrimidos en pro de una u otra opción.

En un Ordenamiento como el nuestro en el que no sólo hay un Derecho común, sino que se integran las regulaciones propias de diversos Derechos forales, no podría darse por completo un trabajo que no se acercase, cuando menos de forma general y sucinta a los mismos. Mayormente en cuanto al Derecho sucesorio se refiere dada la expresa regulación de la materia que ellos hacen, las recientes modificaciones legales que han introducido en el ámbito sucesorio, y las peculiaridades propias de cada uno de estos

Derechos forales. Así habrá de atenderse a las diferentes regulaciones adoptadas en los mismos de las figuras estudiadas ahora, por cuanto en ellos puede encontrarse o no la clave que ayude a aclarar el panorama.

La ausencia de una normativa específica que regule la nulidad en el ámbito del testamento hace que el punto de partida en este trabajo sea distinto a aquellos en los que esta normativa propia sí existe. No bastará por tanto en nuestro caso con recopilar lo ya dicho por otros o interpretar lo regulado sino que habrá que ir buscando por todo el Ordenamiento los argumentos y bases que nos permitan fundamentar la figura, esencias, consecuencias, efectos y, lo que es más importante, su realidad e importancia en la práctica diaria de nuestro Derecho como un elemento real, vivo y esencial de nuestro Ordenamiento.

Para este análisis de la ineficacia testamentaria es necesario valorar las posibilidades reales de extraer o no sus fundamentos de lo regulado en sede contractual, a falta de reglamentación propia, aplicación que no estará exenta de problemas y matices debido a las peculiaridades específicas de los negocios testamentarios que, por supuesto, hay que respetar para poder llevar a cabo esta supuesta aplicación analógica. Y no deben dejarse de lado las implicaciones y posibles parentescos que la figura pueda tener con otras reguladas en nuestro ordenamiento a fin de evitar ahondar en los problemas derivados de la ausencia de una terminología clara e intentar diferenciar claramente las mismas.

Todo este trabajo debe concluir con el estudio ya concreto de la figura de la nulidad parcial en sede testamentaria, analizando de forma más profunda sus posibles causas, sus efectos propios y sus implicaciones en cuanto al negocio testamentario se refiere y a su pervivencia.

Entendemos por nuestra parte que la nulidad es un elemento esencial y necesario en cualquier ordenamiento, que va a velar por el buen fin de los negocios y el respeto a la legalidad vigente, como contrapunto importante a la autonomía de la voluntad. Dentro de esta doble vertiente entre respeto total de la voluntad de las partes y nulidad total por

cualquiera de las causas tasadas era imprescindible la aparición de un término medio, una vía de escape que permitiese conjugar ambas posturas extremas y así la propia práctica diaria derivó en la nulidad parcial como elemento mediador esencial. El principio “*utile per inutile non vitiatur*” y el lógico interés por proteger en lo posible la autonomía privada en sede negocial y sucesoria hace de esta figura pieza clave a la hora de regular los límites de la voluntad en cada negocio o acto jurídico sin constreñir la misma a la mínima esencia o verse abocados a destruirla en su conjunto cuando sólo una parte del negocio hubiese incurrido en un defecto reprochable.

Bien es cierto que en esta necesidad del respeto de la voluntad nos encontramos con verdaderos problemas en sede testamentaria por cuanto cuando ha de valorarse la verdadera intención de aquel que otorgó el testamento ya no se puede acudir, por razones evidentes, a la fuente de dicha voluntad ahora interpretada, el propio testador, lo que hace del proceso interpretativo pieza clave en su aplicación, con los problemas que pueda presentar un proceso subjetivo como éste. Lo que hace que en este campo en concreto la nulidad parcial sea aún más interesante y necesaria. Máxime si se tienen en cuenta las numerosas disposiciones que se pueden contener en un testamento y el carácter tan dispar de las mismas. Mantener como única opción la nulidad total conllevaría una sanción demasiado gravosa para los testadores y los beneficiarios de los negocios sucesorios, por lo que *a sensu contrario* la regulación de esta materia y su aplicación diaria deben entenderse como una necesidad a abordar en pro de la equidad y la justicia que imperan en nuestro Ordenamiento. Lo que no evita que si la conclusión obtenida es que la voluntad del testador dadas las circunstancias del caso y la parte afectada fuese la nulidad total se optase por ésta y no por la parcial como única solución válida.

Por todo ello entendemos que el acercamiento que pretendemos hacer a estas figuras merece con creces el tiempo que se va a invertir en este trabajo y esperamos que el de todo aquel que de una forma u otra se acerque a esta obra. Como hemos dicho, no pretendemos con este trabajo solucionar cuantas dudas se esconden detrás de la figura de la nulidad parcial testamentaria pero sí ahondar en la misma y continuar el camino abierto en la materia, el cual nos permitirá, en un futuro cercano continuar las diversas líneas de investigación que dejemos abiertas.

No quisieramos acabar esta breve introducción sin agradecer la oportunidad que se nos ofreció para afrontar el reto que este trabajo supone y la confianza que se depositó en mí para llevarlo a cabo, así como la gran ayuda y colaboración recibida durante la elaboración del mismo sin la cual esta meta hubiese sido imposible de alcanzar. Asimismo quisiera reconocer el trabajo y el mérito de todos aquellos que antes que yo se habían acercado a estas figuras y agradecer el camino que ellos ya abrieron, así como animar a todos aquellos interesados a abordar y continuar con el estudio de tan entusiasmante materia.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO PRIMERO

LOS TÉRMINOS INEFICACIA E INVALIDEZ. LA PROBLEMÁTICA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA.

I. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Las teorías de la invalidez y de la ineficacia, en lo que a los negocios jurídicos se refieren, son bastante discrepantes, incluso en lo relativo a la propia terminología usada y en cuanto al propio contenido de la citada terminología. Lo mismo ocurre en lo que se refiere a cómo debe calificarse o qué debe entenderse por los diversos grados tanto de invalidez como de ineficacia, sobre lo que tampoco están de acuerdo los diversos autores. Como consecuencia lógica de lo anterior, se discute cuáles deben ser los efectos propios que se atribuyan a cada una de ellas, llegándose a interpretar invalidez e ineficacia a veces como sinónimos y otras veces como figuras diferentes, con sus correspondientes efectos propios. Esta última postura es por la que, en principio, nos vamos a decantar nosotros.

Por un lado se ha criticado la distinción usual entre invalidez e ineficacia², en base a que el “no valer” y el “no tener efectos jurídicos” vienen a ser prácticamente lo mismo.

Por otra parte, la contraposición entre inexistencia y nulidad viene limitada por el hecho de que lo nulo no es más que lo inexistente para el Derecho. Incluso se ha puesto en duda la tradicional clasificación de los negocios ineficaces en nulos y

² BETTI, E. (*Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2.000, pág. 405) establece que la utilidad de esta distinción es predominantemente expositiva y sistemática, y expone que el negocio nulo no es ineficaz de manera distinta al ineficaz en sentido estricto. Este mismo autor establece que aún en el caso de que la única misión de esta distinción fuese aportar orden y claridad al estudio de los varios y complejos fenómenos de la ineficacia del negocio jurídico, dicha distinción es siempre indispensable.

anulables, afirmándose que la anulabilidad no viene a ser más que la manifestación procesal de la nulidad.

En sentido opuesto también se ha dicho³, precisamente, que el “no valer como negocio” y el “no producir efectos” (ya sea en grados de posibilidad, negocio impugnado, o en grado de actualidad, negocio nulo) es una diferencia muy real, tratándose de dos enfoques muy distintos, que si bien en la práctica muchas veces coinciden, también pueden no coincidir. Tal es el caso del matrimonio totalmente inválido y no convalidable que produce efectos respecto del contrayente de buena fe y en todo caso respecto de los hijos, efectos que una vez producidos no se suprimen por la declaración de nulidad de dicho matrimonio, como lo recoge el artículo 79 del Código civil.

En consecuencia con todo esto, hay quien defiende que debe producirse un cambio en la terminología a usar, refiriéndose a las figuras de la ineficacia con términos tales como: anulabilidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad; e incluso algunos proponen sustituir los antiguos términos por otros nuevos: anomalías, irregularidades, ineficiencia, deformidad, inutilidad e irrelevancia⁴.

Es difícil, dar un único significado a todos los términos empleados para designar una posible ausencia de los efectos propios del negocio jurídico en cuestión⁵. Tendremos que limitarnos a aplicar alguno de los esquemas dogmáticos

³ LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, vol. 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005, pág. 246.

⁴ Así lo recoge DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Facsímil de la edición original de 1.971, Editorial Civitas, Madrid, 1.985, pág. 462.

⁵ Según DÍEZ-PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Editorial Civitas, Pamplona, 2.007, págs. 555 y 556), la falta de pureza conceptual en esta materia debe proceder del esfuerzo que impuso a los intérpretes la exégesis de los textos romanos, donde, probablemente, se buscó más el sentido práctico de los resultados que la propia brillantez teórica de las construcciones conceptuales.

El Derecho romano distinguía en esta materia dos cuestiones distintas: a) la relativa a los resultados empíricos a los que en ocasiones conduce la anomalía o carácter irregular de los contratos; y b) el bagaje conceptual con que tales fenómenos son analizados.

modernos existentes o a desarrollar el nuestro propio, a la hora de darle un uso específico a los términos de invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, etc., puesto que estas figuras tienen poco de pacíficas y consolidadas.

La Real Academia de la Lengua Española⁶ define estos conceptos de forma breve:

1. Así recoge que la **invalidez**⁷ es: “la cualidad de inválido”. Refiriéndose al **inválido**⁸ (del Latín: “*invalidus*”), como: “el que no tiene fuerza ni vigor o como el nulo y de ningún valor, por no tener las condiciones que exigen las leyes.”

2. Define la **ineficacia**⁹ como: “la falta de eficacia y actividad.” Entiende como **eficacia**¹⁰ (del Latín “*efficacia*”): “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”

En el ámbito jurídico y en cuanto a los contratos propiamente dichos la

En cuanto a la relativa a los resultados empíricos a los que en ocasiones conduce la anomalía o carácter irregular de los contratos, es claro que para el Derecho romano en determinados casos la calificación de “*nullus*” comporta la consecuencia de que no se podía ejercer un juicio o una acción con base en dicho contrato, es decir, no se podía ejercer una “*actio*”, en otros casos lo que significaba era la concesión de un sistema de defensa al demandado, dado que la acción ya había nacido y existía, tratándose en este caso de una “*exceptio*” o una “*denegatio actionis*”, y en otros casos, lo que se concedía al interesado era la posibilidad de reintegrar las cosas a la situación jurídica preexistente que había quedado modificada en su perjuicio, conocida como “*restitutio in integrum*”.

En cualquier caso, como hemos avanzado, la terminología no fue uniforme, y así los textos hablan de actos o negocios inútiles, viciosos, imperfectos, etc. En ocasiones, incluso, se usa también “*nullus est*” pero sin que la palabra “*nullus*” comporte una calificación especial, sino que, originariamente, ha significado, sencillamente, que no existe ningún negocio.

En cuanto al significado propio y actual de la ineficacia, indistintamente del término con el que se designe, el mismo autor (ob. cit., págs. 558 y ss.), entiende ésta como una sanción. Toda vez que se entienda por sanción la consecuencia impuesta por el ordenamiento cuando se infringen sus preceptos.

⁶ <http://www.rae.es/rae.html>

⁷ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=invalidez

⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inválido

⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inválido

¹⁰ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficacia

ineficacia¹¹, entendida como la carencia de todo efecto jurídico, de los efectos deseados o que le son propios, parece ser el concepto general que engloba al resto¹². De esta forma, dentro de la misma podemos distinguir la invalidez, cuando se debe a motivos estructurales o intrínsecos del proceso formativo del negocio, y la ineficacia “*stricto sensu*”¹³, cuando se debe a motivos extrínsecos a ese proceso, o bien, directamente, y en caso contrario, establecer y entender como categorías diferentes y totalmente diferenciadas la ineficacia y la invalidez¹⁴.

¹¹ Así lo definen O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.995, pág. 557.

También podemos, tal y como lo recoge DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 462), definir el negocio ineficaz como aquel en el que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias, en contraposición al negocio eficaz, que es aquel apto para producir los efectos que le corresponden según la regla negocial.

LACRUZ y OTROS (*Elementos de Derecho Civil*, T. II. Vol. 1, Editorial Dykinson, Madrid, 2.011, pág. 531), por su parte, definen el negocio ineficaz como aquel “que no surte ningún efecto, o no surte los efectos que corresponden a su contenido.”

En cuanto al término ineficaz se encontraba ya recogido en D. 23, 3, 13 (respecto a la “*actio*”), D. 34, 4, 14 (respecto a la “*ademptio*”, como equivalente a “*inutilis*”), D. 40, 16, 3 (respecto a “*decretum*”).

¹² DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 557), por su parte considera que quizá fuese más exacto hablar de “eficacia anormal”, pero que, en cualquier caso, la palabra ineficacia tiene una gran fuerza expresiva y parece de fácil manejo, por lo cual, con aclaraciones, merece ser conservada.

También recoge la postura de los que consideran que ineficacia no es el término más adecuado para este fenómeno, ya que supone la admisión, ya de inicio, de la posible existencia de consecuencias o efectos, si bien anormales, del contrato que se califica como ineficaz, de tal forma que hablar de ineficacia no dejaría de ser una contradicción en sí mismo. Si, además, a esto se le añade que con esta palabra se alude a una categoría del mundo del deber ser, con el consecuente enjuiciamiento de los hechos que ello conlleva, sería posible pensar que el uso de la palabra invalidez sería más riguroso.

En cualquier caso, concluye DÍEZ-PICAZO, que la palabra invalidez también es equívoca, pues con ella, generalmente, no se hace mención al fenómeno considerado de forma general, sino a alguna de sus especies en concreto.

¹³ CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L. H. (*Notas Para una Revisión General de la Denominada Ineficacia del Contrato*, dentro de *Coloquio Sobre Invalidez e Ineficacia de los Actos Jurídicos*, Zaragoza, 2.006, pág. 88), propone cambiar el término de ineficacia en sentido estricto por el de ineffectividad. Ya sea por este término o por cualquier otro, lo que es evidente, según nuestro criterio, es que evitar la duplicidad del término ineficacia dentro de la clasificación ayudaría a aclarar la misma.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 565) define que un negocio es inválido cuando falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales o cuando éste carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece; concluyendo que la invalidez viene determinada por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual. Define el negocio “ineficaz en sentido estricto” como aquel en el que están en regla los elementos esenciales y los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero en el que una circunstancia externa y normalmente sobrevenida impide la eficacia del mismo. Pone además, como ejemplo, una imagen muy gráfica que sirve perfectamente para ilustrar la diferencia entre ambas figuras, de tal forma que recoge que el contrato inválido sería un contrato que ya nace muerto o que nace con un vicio o tara congénita que impide su viabilidad, mientras que el negocio ineficaz en sentido estricto es un contrato que nace sano, pero que pierde su vitalidad merced a un accidente exterior.

La invalidez¹⁵ por su parte, y en cualquier caso, debe entenderse como la inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica, siendo, por tanto, lo característico de esta figura la deficiencia de los elementos constitutivos del acto o contrato, y no la falta de eficacia.

En lo que se refiere a la ineficacia, entendida como ineficacia perfectamente diferenciada de la invalidez, la misma se produce por causas ajenas al propio negocio, (perjuicio a un acreedor, cumplimiento de condición resolutoria, etc.), distinta a la quiebra de los elementos constitutivos del acto o negocio anteriormente reseñada, mientras que la invalidez, como hemos dicho, se produce por causas intrínsecas al propio negocio (contravención de una ley, falta de un elemento o de la capacidad necesaria, etc.).

Así las cosas, podemos calificar el negocio ineficaz como aquel en el que aún cuando concurren todos los requisitos formales o esenciales y los presupuestos de validez propios del tipo, una circunstancia de hecho extrínseca o ajena a él, impide que éste despliegue sus efectos. Y el negocio inválido como aquel en el que falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales del mismo o que carece de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece¹⁶.

Reflejo de esta distinción entre ineficacia e invalidez¹⁷ podemos encontrar en

¹⁵ BETTI, *Teoría General del...*, cit., pág. 405.

LACRUZ y OTROS (*Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 531), definen la invalidez como: "...la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido, en los casos previstos en la ley."

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (*El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática*, en ADC, Enero-Marzo, 2.005, pág. 37) expone que: "...Un acto es inválido en el sistema cuando es inválido con arreglo a una norma perteneciente al sistema."

¹⁶ Ambas definiciones según las recoge BETTI, *Teoría General del...*, cit., pág. 405.

¹⁷ En cuanto a la aplicación de las reglas del Código civil relativas a la invalidez LACRUZ BERDEJO (*Elementos de...*, T. I, vol. 3º, cit., págs. 246 y 247) entiende que estas sólo tendrán aplicación a la ineficacia en sentido estricto por analogía, de tal forma que el mayor interés práctico de esta última categoría, para el citado autor, radica en el hecho de permitir salir de los estrictos moldes de la nulidad y la anulabilidad configurados por la doctrina y la

el propio Código civil, así, el artículo 1.953, exige para la usucapión ordinaria un título válido, hecho este que no tendría sentido de equipararse ineficacia e invalidez, puesto que si dicho título además de ser válido fuese eficaz la usucapión así entendida sobraría, ya que la propiedad se hubiese transmitido al adquirente merced al citado título, hecho que no es así. De esta manera el propio Código civil reconoce que puede haber títulos válidos que no sean eficaces de por sí.

En esta misma línea, debe tenerse en cuenta, además, que todo contrato inválido es ineficaz, o presenta alguna clase de anomalía en su eficacia, pero no todo contrato ineficaz es inválido, dado que invalidez e ineficacia operan en planos distintos. De esta forma, aunque ambas figuras pueden llegar a coincidir en un mismo contrato, no es siempre así, por ello, LACRUZ y OTROS¹⁸ entienden que es importante esta distinción conceptual.

A mayor abundamiento, los propios autores citados¹⁹, establecen diferentes puntos de vista de la invalidez: a) la invalidez como juicio de valor: dado que es un concepto que se aplica en el mundo del deber ser, y no hacen referencia a fenómenos del mundo sensible, de tal forma que aunque se haya producido una transmisión o se hayan realizado ciertas prestaciones por las partes o por terceros, estos hechos interesan sólo en cuanto que, precisamente por ser contrarios al juicio negativo sobre la validez, resultan jurídicamente injustificados y, por tanto, deberán deshacerse; b) la invalidez como sanción: la invalidez constituye una reacción del Ordenamiento contra el no cumplimiento por las partes de las normas reguladoras de su actividad contractual, privando, a modo de sanción, de fuerza jurídica al contrato o negocio en cuestión; c) la invalidez como disciplina normativa: toda vez que la invalidez es el resultado de una infracción, es lógico pensar que debe regularse dicha invalidez en función de la infracción cometida, apareciendo así las

jurisprudencia y que entiende que no son adecuados en gran número de los casos de ineficacia recogidos tanto en el Código civil como en otras leyes.

¹⁸ Vid. LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 531.

¹⁹ Vid. LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 534.

diferentes modalidades de invalidez.

En cualquier caso, como hemos avanzado, deben distinguirse dentro de cada una de estas figuras diversas categorías. La ineficacia, por su parte, puede englobar las categorías de la rescisión, la resolución y la revocación, mientras que dentro del concepto de la invalidez nos podemos encontrar, en principio, con las categorías de inexistencia, nulidad y anulabilidad, que se desarrollarán posteriormente.

En cuanto a la invalidez si bien no cabe duda de que dentro de la misma pueden englobarse tanto la nulidad, recogida de la *“Nichtigkeit”* alemana, y la anulabilidad, recogida de la *“Anfechtbarkeit”*, no todos los autores están de acuerdo en la inclusión, dentro de la misma, de la categoría de la inexistencia.

En lo que a las dos primeras se refiere, estas no difieren por sus causas, criterio que se usó para diferenciar la invalidez de la ineficacia, sino por su *“modus operandi”*²⁰.

Aunque en principio parece que esta clasificación pueda corresponder con el régimen recogido en el Código civil, no deja de ser cierto que realmente el citado texto legal únicamente habla de nulidad, de hecho, el capítulo que el Código civil

²⁰ En cuanto al modo de clasificar estas expresa CLAVERÍA GONSÁLBEZ (ob. cit., pág. 65) que: “debiendo ya apuntarse que nuestra clasificación empieza, por ello, a adolecer de una incoherencia interna al emplearse distintos criterios de distinción dentro de su entramado, dado que el criterio de la causa productora sirvió, como dije, para oponer “invalidez” e “ineficacia en sentido estricto”. Advierto, no obstante, que, no siendo las causas el criterio distintivo entre nulidad y anulabilidad, no podemos decir que aquéllas sean irrelevantes –como elementos relacionados con el criterio distintivo- y que no guarden relación con los mecanismos de funcionamiento de cada una de las mencionadas figuras.”

Continúa, CLAVERÍA GONSÁLBEZ (ob. cit., pág. 89), comentando que tras aceptar la situación actual del esquema de estas figura: “La considerable diversidad de supuestos y situaciones nos aconseja no dividir la invalidez en figuras rígidas con notas rígidas, sino, por el contrario, hablar de una sola invalidez o nulidad cuyo “régimen de funcionamiento” dependa del interés protegido, prescindiendo de lo que antes hemos visto que se llama “concepción organicista”, en cuya virtud el régimen puede depender de que no concorra un elemento o de que éste sea viciado.” A lo que añade la aclaración de que: “Obsérvese, por otra parte, que no estoy reproduciendo las dos subfiguras clásicas, nulidad y anulabilidad, ampliando el ámbito de esta última, al modo, por ejemplo, de GORDILLO, sino que, más bien pensando en PASQUAU y en algún sector de la doctrina francesa, propongo que la variedad de situaciones genere variedad de legitimaciones a la vista de la multiplicidad de intereses protegidos, no teniendo que confundirse necesariamente “interés privado” con legitimación de una de las partes del contrato, pues cabe que el legitimado sea un tercero, por ejemplo en el caso del autocontrato.”

dedica expresamente a esta materia viene recogido bajo el título “De la nulidad de los contratos” (Capítulo VI del Título II del Libro IV del Código civil, artículos 1.300 a 1.314). Esto nos lleva a plantearnos si realmente la distinción entre nulidad y anulabilidad fue originaria de nuestro legislador o si ésta ha sido creada posteriormente por la doctrina y la jurisprudencia, acercándonos así a la doctrina germano-italiana.

Esta duda queda fácilmente resuelta al hacer una recopilación del texto de los propios artículos que configuran el capítulo citado²¹. A la vista de los mismos, parece evidente que ya en el origen el legislador diferenció dos figuras²², una que se produce ante vicio de la voluntad, ante incapacidad de obrar y ante la actuación de un cónyuge sin la necesaria intervención del otro cónyuge, con una limitación temporal para el ejercicio de la acción, unos legitimados restringidos y que puede ser confirmable, y otra que surge ante la ilicitud, en general, del contenido del negocio, ya sea en el objeto, en la causa o en el consentimiento, que conlleva un tratamiento más restrictivo y que, por lo tanto, carece de las características de la

²¹ Cabe citarse aquí el análisis recogido por CLAVERÍA GONSÁLBEZ (ob. cit., pág. 69) donde comenta que: “El art. 1300 parece oponer la “nulidad” de la que seguidamente se habla en ese capítulo del Código a otra figura que nacería de que no se cumpliese alguno de los requisitos del art. 1261. Seguidamente el legislador habla de una “acción de nulidad” a la que atribuye un plazo de ejercicio de cuatro años (art. 1301) y a la que limita respecto a la legitimación para invocarla (art. 1302), refiriéndose, con relación a dicha “nulidad”, sólo a los casos de incapacidad, vicio de la voluntad y actuación de un cónyuge sin intervención del otro (art. 1301, tanto en su versión originaria, como en la actual) o sólo a los casos de incapacidad y vicio de la voluntad (art. 1302). Adviértase que, cuando la “nulidad” se debe a ilicitud de la causa o del objeto (arts. 1305 y 1306), no parece existir plazo ni limitación en la legitimación, pues los arts. 1301 y 1302 no aluden a esos supuestos. Por otra parte, el art. 1310 restringe la confirmabilidad de los contratos a aquéllos que reúnan los requisitos del art. 1261, siendo, sin embargo, claro que, a pesar de caber en teoría dentro del ámbito del citado art. 1310, los contratos con objeto o causa ilícitos no serían confirmables, pues, según el art. 1275, los contratos con causa ilícita no tienen efecto alguno, siendo ello incompatible con la confirmabilidad; además, el art. 1275 atribuye idéntico tratamiento a los contratos aludidos y a los carentes de causa, que obviamente no son confirmables, según la letra del art. 1310; por añadidura, produciendo la confirmación un efecto positivo en el contrato y no consistiendo en la simple renuncia a la acción invalidante (art. 1313), la definitiva validez del contrato requeriría que confirmasen todos los legitimados para impugnarlo, siendo imposible saber si en el caso de ilicitud de la causa o del objeto, en el que no hay limitación en la legitimación, confirmaron todos los legitimados, pues nunca sabremos cuáles y cuántos son los interesados en una posible impugnación.”

²² MANRESA, J. M. (*Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, Madrid, 1.901, págs. 726 y ss.), uno de los autores materiales del Código civil actual, ya mantenía una clasificación en dos categorías, aunque hablaba de inexistencia y nulidad, identificando la primera con algunos de los supuestos de inexistencia de los recogidos en el artículo 1.261 del Código civil y con los supuestos, entre otros, de causa ilícita, y la segunda con el régimen establecido en los artículos 1.301 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Que posteriormente la doctrina haya identificado la citada inexistencia como nulidad y la nulidad de MANRESA como anulabilidad no viene más que a confirmar la dualidad existente desde el inicio.

anterior.

La ineficacia, por su parte, puede producirse por motivos extrínsecos al proceso formativo del negocio, es decir, que éste nace sin vicios o irregularidades, pero por algún motivo previsto en la ley el negocio en cuestión no llega a producir sus efectos o consecuencias buscadas.

Lo anterior sucede, por ejemplo, en los casos de resolución de un contrato, cuando una de las partes no cumple con sus obligaciones derivadas de dicho contrato. La parte contraria puede, bien judicialmente o bien extrajudicialmente, pedir la ineficacia del contrato por incumplimiento de la contraparte, llegando, incluso, a poder pedir una indemnización por los daños y perjuicios causados, siempre que el incumplimiento sea con dolo o culpa, porque éste se produjese cuando se encontrase en situación de mora, etc., e incluso ejercitar las cláusulas penales²³ que se hubiesen recogido en el contrato.

Otro supuesto de ineficacia podría ser el caso de la extinción del contrato por mutuo disenso, es decir, en el caso en que las partes, de mutuo acuerdo, celebren, con posterioridad al otorgamiento del primero, otro contrato que lleve ineludiblemente aparejada como una de sus causas la declaración de la ineficacia del primero. En esta misma línea se puede citar, aunque con efectos muy limitados, la figura de la denuncia (*“Kündigung”* o *“recesso”*), por la que una sola de las partes decide la ineficacia del contrato sin que haya una causa que lo justifique, al contrario de lo que ocurría en el caso de la resolución anterior, en el que sí se tenía que dar

²³ En cuanto a las cláusulas penales en sede judicial, indistintamente de lo pactado en el contrato, los jueces tienen la potestad de ajustarlas a las circunstancias del caso concreto o de la gravedad del incumplimiento. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo recientemente en su sentencia de 2 de Julio de 2.010, también recogen esta posibilidad de moderación las diversas Audiencias Provinciales, como por ejemplo: la SAP de Barcelona de 8 de Noviembre de 2.007, la SAP de Barcelona de 21 de Diciembre de 2.007, la SAP de Madrid de 3 Abril de 2.008 y la SAP de Burgos de 28 de Julio de 2.011. Sobre la aplicación restrictiva de las cláusulas penales pueden verse las SSTs de 30 de Junio de 2.000, que establece que: *“es doctrina reiteradísima de esta Sala que la cláusula penal, como obligación accesorio, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva”*; de 10 de Noviembre de 1.983; de 27 de Diciembre de 1.991; de 14 de Febrero de 1.992; y de 23 de Mayo de 1.997, entre otras muchas.

una causa concreta para poder declarar la ineficacia del contrato.

Dentro de la ineficacia también podemos encontrarnos casos de revocación, como ocurre en los casos del otorgamiento de un testamento o en el de una donación, que pueden ser revocados unilateralmente por el otorgante, en el primer caso durante toda la vida de éste, sin necesidad de causa alguna, y en el segundo siempre antes de ser ésta aceptada y en los supuestos legalmente establecidos. En cuanto a la donación también se puede hacer mención en este caso a la figura de la reducción, de conformidad a lo recogido en los artículos 654 y concordantes del Código civil.

Otra de las categorías que podemos encontrar dentro de la ineficacia es la llamada rescisión, recogida en el artículo 1.290 del Código civil, que se da, esencialmente, en aquellos casos en que aún celebrado válidamente el contrato, una de las partes resulta lesionada en sus intereses o derechos y en los que, por las causas establecidas legalmente (arts. 1.291 y ss. del C.c.), una de las partes necesita de una especial protección.

En cualquier caso estas categorías no hay que confundirlas con aquellos supuestos de extinción sobrevenida de la relación contractual, tales como aquellos resultantes del cumplimiento de una condición resolutoria, pues aunque las consecuencias puedan ser similares, en los segundos no existe irregularidad sancionatoria. También podemos encontrarnos, y no hay que confundirlas, con la figura del desistimiento, mutuo o unilateral²⁴, ni con aquellas que pretenden únicamente la conservación del negocio en aras del principio de economía jurídica, como puede ser la conversión del negocio jurídico, con las que realmente no tienen

²⁴ Debe entenderse, tal y como recoge el profesor ROGEL VIDE, C. (*Derecho de Obligaciones y Contratos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1.999, págs. 136 y 137), por mutuo el contrato extintivo y por unilateral la facultad atribuida a cualquiera de las partes ya sea por una ley, así artículos 1.459, 1.700.4, 1.705, 1.707, 1.732 y ss. del Código Civil, o por el propio contrato firmado entre las partes, que permite a dicha parte poner fin a la relación contractual de modo voluntario, libre y sin necesidad de justificación alguna, con el único requisito del preaviso pertinente, en base a la buena fe.

ninguna similitud²⁵.

Finalmente, hay autores, como DÍEZ-PICAZO²⁶, que consideran que la distinción entre invalidez e ineficacia no es útil. Dicho autor basa esta postura en el hecho de que la terminología en sí es arbitraria, ya que considera, que el contrato inválido tiene que ser a la fuerza y por hipótesis ineficaz. De esta forma, DÍEZ-PICAZO, considera que sería mejor hablar de una ineficacia proveniente de la invalidez y una ineficacia proveniente de otro tipo de causas. Y abunda en su postura al añadir que las aplicaciones concretas que se hacen de la ineficacia en sentido estricto (producción o frustración de una condición, resolución por incumplimiento, revocación, etc.) no son en rigor casos de ineficacia, ya que, entiende, que si se produce o se frustra una condición establecida en el negocio por las partes puede decirse que el negocio, desde ese momento, deja de desplegar efectos, pero puede decirse también que eso ocurre, precisamente, como un efecto del propio contrato, dado que tal hipótesis se encontraba contemplada en el mismo contrato.

A) “EFECTOS” DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL.

En este apartado debemos tratar los efectos propios de un contrato ineficaz, aunque en sí esto parezca una contradicción terminológica, dada la máxima de que *“quod nullum est nullum effectum producit”*. Pero, en la práctica, el contrato ineficaz despliega una serie de efectos jurídicos, aunque éstos, evidentemente, no son los que cabía esperar con la celebración del contrato. Así, aunque una compraventa sea

²⁵ Destacan como esenciales diferencias que la parte inválida de un negocio en la conversión es el negocio en su conjunto, de tal forma que se crea mediante ésta un negocio nuevo, mientras que con la nulidad parcial no hay nada nuevo, sencillamente nos encontramos ante una “reducción” de lo que había antes, a lo que hay que añadir, además, que la naturaleza de la nulidad es sancionadora, mientras que la de la conversión tiene su origen en la voluntad de las partes.

²⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., págs. 565 y ss. En esta misma línea argumental, establece que la resolución y la revocación son precisamente consecuencia de la eficacia contractual y un medio de defensa de los intereses de los contratantes, nacido del propio contrato, ante posibles situaciones sobrevenidas, por lo que entiende que no puede decirse que en tales casos haya verdadera ineficacia, sino cumplida eficacia del contrato, aunque esta no sea inicialmente prevista o buscada. De esta forma entiende que dichas circunstancias no transforman en ineficaz un contrato inicialmente eficaz, sino que, sencillamente, establecen la extinción de la relación jurídica creada por el contrato.

ineficaz puede haberse producido el traspaso de la posesión de la cosa objeto de la misma o un pago de dinero. En esta línea, DÍEZ-PICAZO²⁷ asevera que sería más exacto expresar que el contrato debe ser tenido como ineficaz y que no debe producir ningún efecto (*“quod nullum est nullum effectum producere debet”*).

En cuanto disciplina normativa, la ineficacia contractual constituye el tratamiento que el ordenamiento debe aplicar al contrato y a los cambios que éste haya producido en la realidad.

Esta reacción del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz no siempre es la misma, sino que depende tanto del tipo de ineficacia como de la fase en que ésta se encuentre o el punto al que hayan llegado sus cambios en la realidad social.

De forma esquemática podemos decir que las posibles reacciones del ordenamiento ante los casos de ineficacia son:

- ***La inexigibilidad de los efectos contractuales.***- Cuando los efectos contractuales ni tan siquiera han llegado a producirse en el campo de la realidad social ninguna de las partes puede exigirlos en base al negocio ineficaz. Y, en el caso de que se exigiesen dichos efectos, el demandado siempre podrá oponerse en base a la ineficacia del negocio, hablándose así de una ineficacia *“ope exceptionis”*.

- ***La irrelevancia de los efectos contractuales.***- Cuando los efectos ya se han producido en la realidad social, la consecuencia de la ineficacia es que dichos efectos no puedan ser tenidos en cuenta ni amparados por la ley. De esta forma, aunque el comprador de una cosa haya recibido la misma en virtud de un negocio ineficaz, no puede ni ser considerado como propietario, ni obtener la inscripción de su derecho en los registros públicos, ni dirigirse contra terceros con la condición de propietario. Si bien es cierto que tanto los terceros como los funcionarios públicos pueden desconocer esa ineficacia contractual y actuar bajo ese desconocimiento.

²⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 571.

Este desconocimiento se denomina “irrelevancia”.

- ***La desaparición de los efectos contractuales.-*** Como es evidente, la inexigibilidad y la irrelevancia, por sí solas, no son mecanismos suficientes para sancionar la ineficacia y restituir, en su caso, las cosas a su deber ser. La restitución a la situación original de los efectos que no debieron producirse, la consigue el ordenamiento por medio de facilitar la desaparición de los efectos producidos, al otorgar a cada uno de los interesados el poder de exigir la restitución y, a la vez, al imponer a cada uno de los interesados la obligación de llevar a cabo dicha restitución.

- ***La excepcional consolidación de los efectos contractuales.-*** A pesar de lo dicho en los apartados anteriores, el ordenamiento, en ciertos casos, puede permitir que se mantengan los efectos producidos en el campo de la realidad social por un contrato inicialmente ineficaz, normalmente, por dos tipos de causas: a) la necesaria protección que en ciertas ocasiones conviene otorgar a determinados intereses, en especial se trata de una protección a las personas que actuaron de buena fe, al creer en la eficacia del negocio, ya fuese alguna de las partes o terceras personas (así, viene recogido en el artículo 1.295.2 del Código civil); y b) la inatendibilidad de la pretensión restitutoria, normalmente derivada de la culpabilidad en la ineficacia (véanse, por ejemplo, los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil).

- ***Extensión de los efectos de la ineficacia contractual.-*** Aunque, en principio, la ineficacia queda limitada al ámbito del propio contrato en el que se producen las irregularidades, puede ocurrir, en virtud del nexo de unión entre diferentes contratos, que dicha ineficacia se extienda de un contrato a otro. Así, podemos, distinguir dos tipos de conexiones entre contratos: a) que uno de los contratos sea una condición para que el otro realice plenamente su función

práctica²⁸; y b) que ambos contratos cooperen al unísono a la consecución del resultado buscado con ellos, como es el supuesto de un negocio complejo o negocios coligados²⁹.

En estos casos, lo más relevante es si la ineficacia de uno de los contratos arrastra inevitablemente la del otro u otros contratos con el ineficaz vinculado o vinculados, produciéndose así una ineficacia en cadena, o no. A esta cuestión podemos ofrecerle dos soluciones claramente diferenciadas: a) cuando uno de los contratos es condición de la eficacia del otro, la ineficacia del contrato que es presupuesto o condición acarrea, lógicamente, la del contrato dependiente, pero nunca al contrario; y b) cuando hay varios contratos coligados a la consecución de un resultado conjunto, la ineficacia de uno de los contratos sólo debería llevar aparejada la del conjunto cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial³⁰.

B) FORMAS DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL.

Dentro de esta figura DÍEZ-PICAZO³¹ establece, en sede teórica, las siguientes formas de ineficacia: a) automática y provocada; b) absoluta y relativa; c) originaria y sobrevenida; d) total y parcial; e) estructural y funcional; y f) sanable o insanable.

- ***Automática y provocada.***- Esta clasificación viene dada por el mecanismo de producción y de actuación. La automática, “*ipso iure*” o de pleno

²⁸ Éste es el caso de que la eficacia del contrato de constitución de un gravamen sobre una cosa concreta dependa de la eficacia del contrato por el cual el constituyente del gravamen haya adquirido el dominio o el poder de disposición sobre la cosa gravada.

²⁹ Bajo este supuesto cabría encuadrar el caso en el que se pacta la transmisión del dominio de un solar, la obligación del adquirente de construir un edificio, la obligación de transmitir al cedente determinados pisos y una serie de garantías reales para asegurar la obligación.

³⁰ En el caso reseñado en la nota anterior, la ineficacia de la transmisión del dominio del solar comporta la ineficacia de todo el conjunto negocial, en cambio, en el caso de que fuesen ineficaces las garantías, no parece razonable que dicha ineficacia llevase aparejada la del resto de negocios.

³¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, ob. cit., págs. 564 y ss.

derecho, es aquella ineficacia que se produce por la propia fuerza del ordenamiento jurídico, sin que se tenga que dar ningún otro requisito y, por consiguiente, hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato aparece. Por su parte, la ineficacia provocada es aquella que se da en los casos en que el ordenamiento jurídico se limita a atribuir a uno o varios sujetos un poder jurídico por el cual la sanción aparejada, en cada caso concreto, a la vulneración de la norma tendrá efecto.

En el primero de los casos cualquier persona, e incluso los jueces de oficio³² podrán declarar la ineficacia del contrato. En el segundo de los supuestos, al no haber un interés público, como hemos dicho, sólo algunas personas podrán instar la

³² Esta aplicación de la ineficacia de oficio, aún cuando ninguno de los litigantes la haya alegado o discutido puede llegar a chocar con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto a que la sentencia debe recoger y decidir las pretensiones y excepciones de las partes, de tal forma que la actuación de oficio podría llegar a suponer un recorte de los medios de defensa de las partes litigantes. En esta línea, es concebible que el juez proponga de oficio la cuestión de la posible ineficacia y decida oír a las partes sobre este particular, aunque en la práctica, realmente, no hay una vía procesal clara sobre este punto.

A este respecto cabe citar lo dicho por la SAP de La Coruña de 19 de Noviembre de 2.007 que recoge la evolución de la jurisprudencia sobre la aplicación de oficio de la nulidad y expone: “...si bien la jurisprudencia habida en los primeros años de vigencia del CC consideraba que la nulidad de un acto u obligación de la que dependa el resultado de un litigio debía solicitarse expresa o directamente (así, v.gr., SSTs de 7 y 18 de abril de 1892, de 19 de febrero de 1984, de 31 de enero de 1896 o de 11 de junio de 1897; con ecos en Sentencias más recientes, como son las también SSTs de 2 de junio de 1970 o de 3 de octubre de 1979), de manera que la nulidad contractual debía ser siempre rogada, lo que se vinculaba a la congruencia de la Sentencia (arts. 216 y 218 de la LECiv, respectivamente -en términos similares al derogado art. 359 de la LECiv de 1881-), se ha abierto camino la doctrina jurisprudencial que afirma, como corolario de la nulidad de pleno derecho, la apreciabilidad de oficio de la misma. Así, la STS de 29 de marzo de 1932 -que De Castro califica como «decisiva»- consideró correcta la aplicación de oficio de la nulidad de pleno derecho del contrato objeto de la litis, como una excepción específica al principio de congruencia de la resolución judicial. De igual manera, la STS de 17 de mayo de 1949 señala que «la nulidad debe ser apreciada, aun de oficio, por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes»; la STS de 29 de octubre de 1949, en el mismo sentido, precisa que «los Tribunales pueden y deben apreciar ex officio, como base de un fallo desestimatorio, la ineficacia o la inexistencia de los actos radicalmente nulos» y la STS de 27 de octubre de 1956 rechazó el recurso interpuesto por una de las partes, fundado precisamente en incongruencia, afirmando que la nulidad «era procedente declararla de oficio, sin petición concreta».

Con todo, es cierto que la apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho de un negocio o contrato es un remedio excepcional habida cuenta del juego de la presunción de validez que crea todo negocio jurídico. En este sentido resulta paradigmática la STS de 30 de diciembre de 1993, al señalar que la nulidad absoluta o radical para que pueda ser apreciada, calificada y declarada «ex officio» es preciso que sea lo suficientemente clara y patente para que el Tribunal pueda apreciarla, ejemplificando, precisamente, con aquellos supuestos en los que aparezca con relieve la carencia de cualquiera de los elementos integrantes del contrato enunciados en el art. 1261 del CC y, en particular, cuando el contrato recaiga sobre objetos o bienes «extra commercium», a diferencia de lo que sucede cuando la nulidad deviene, v.gr., de la falta de suficiente representación de los intervinientes en el negocio jurídico de que se trate. También la STS de 18 de mayo de 1994 precisa que el principio de congruencia no es tan rígido y absoluto que impida a los tribunales realizar las pertinentes declaraciones de nulidad cuando los pactos y cláusulas que integran el contrato sean manifiestamente contrarios a la moral o ilícitos, pues, en caso contrario, los Tribunales pudieran verse compelidos, en sus fallos, a ratificar la validez de negocio o contratos ilícitos.”

declaración de ineficacia, por lo que dicha ineficacia sólo se producirá si dichas personas lo quieren.

- ***Absoluta y relativa.***- Esta diferenciación hace referencia al círculo de personas o intereses que quedan afectados por la ineficacia.

En este sentido, es absoluta cuando el contrato no produce ninguno de sus efectos para nadie, es, por tanto, ineficaz para todos. Por el contrario, es relativa cuando el contrato produce consecuencias diferentes para diferentes grupos de individuos o diferentes círculos de intereses, de tal forma que el contrato es ineficaz para un grupo de personas y es, en cambio, eficaz para otro grupo o grupos de individuos. Un acto de disposición realizado en fraude de los acreedores del disponente es, en principio, eficaz entre transmitente y adquirente, pero ineficaz frente a los acreedores cuyos intereses y derechos han quedado defraudados por dicho negocio. Esta interpretación une el concepto de ineficacia relativa con la idea de la inoponibilidad³³. También puede ocurrir al contrario, que el contrato sea ineficaz entre las partes contratantes, pero que sea eficaz para los terceros, esencialmente en cuanto a los terceros de buena fe se refiere, como en el caso de un negocio simulado, que es ineficaz entre los autores de la simulación, pero dicha nulidad por simulación no puede oponerse a los terceros de buena fe.

Otra manifestación de la eficacia relativa es aquella en que la eficacia o la ineficacia operen con distinto grado de intensidad respecto de cada una de las partes del negocio, por lo que el negocio será, de tal modo, eficaz para alguno de los contratantes e ineficaz para otros. Este es el caso de un negocio realizado por un mandatario excediendo los límites del poder que tenía concedido, en este caso el negocio será ineficaz respecto al mandante, mientras que el mandatario quedará personalmente obligado por el negocio (tal y como lo recoge el artículo 1.725 del Código civil).

³³ Vid. DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 567.

- **Originaria y sobrevenida.-** En este caso la diferenciación viene determinada por el momento concreto en que se produce la causa que deriva en la ineficacia del negocio. Es originaria la ineficacia cuando la sanción que la acompaña puede y debe aplicarse desde el momento de celebración del contrato; y es sobrevenida en aquellos casos en que la sanción tiene aplicación a partir de un momento y en virtud de un hecho posteriores al contrato en cuestión.

Esta clasificación no debe confundirse con la diferencia entre ineficacia automática e ineficacia provocada, de tal modo que tanto la ineficacia originaria como la sobrevenida pueden ser tanto automáticas como provocadas³⁴.

- **Total y parcial.-** Por la naturaleza propia del contrato, compuesto de reglas de contenido preceptivo (cláusulas, pactos, estipulaciones, etc.), la ineficacia puede afectar a la totalidad del negocio o sólo a una parte o a unas partes de él, esta postura viene respaldada por el llamado principio de conservación del negocio y la regla de que lo inválido no puede viciar lo válido (*“utile per inutile non vitiatur”*).

- **Estructural y funcional.-** Esta distinción tiene su causa en la razón que determina la ineficacia.

De esta forma, se conoce como ineficacia estructural la de aquel contrato defectuoso, viciado o imperfecto, de tal forma que radica, por tanto, su ineficacia en la propia estructura del negocio, y se produce, como no puede ser de otra manera, en la fase de celebración o de formación del negocio.

La ineficacia funcional, por su parte, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad, como puede ser en los casos en que un contrato correctamente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o que el derecho no puede consolidar, ya sea porque causa un perjuicio, un fraude o una lesión.

³⁴ Ejemplos de esto los podemos encontrar en los artículos 654, 655 o 975 del Código civil.

- ***Sanable o insanable.***- En este caso la diferencia se basa en las posibilidades o no de corrección de las consecuencias anormales del contrato. De tal forma que, es sanable una ineficacia cuando un contrato originariamente ineficaz adquiere la cualidad de contrato regular y plenamente eficaz por medio de un hecho o acto jurídico posterior a la creación del contrato. Por el contrario es insanable aquella ineficacia que por su naturaleza es radical e irremediable, de tal forma que no podrá ser subsanada por ningún acto posterior.

Entre los medios de sanación de la ineficacia podemos citar la confirmación, la ratificación, la conversión, la adición del elemento que faltaba en un negocio inacabado, el resarcimiento del daño, perjuicio o lesión causantes de la ineficacia, la convalidación, etc.

C) CAUSAS DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL.

Al entenderse por ineficacia la carencia total de efectos jurídicos o de los pretendidos por las partes, debe distinguirse el origen de la misma, puesto que, como hemos dicho, esta carencia de efectos puede venir determinada por diferentes causas, ya sea como consecuencia de la invalidez del contrato (así, por su inexistencia, nulidad o anulabilidad), o, pese a ser el negocio válido, por ser propiamente ineficaz por otras causas (así, rescisión, revocación, resolución, falta de poder de disposición), y posteriormente ver si esta clasificación es directamente aplicable a los testamentos, dadas las especialidades de los mismos, y su naturaleza, unilateral, formal y revocable. Todo ello se desarrollará con posterioridad a lo largo del presente trabajo.

II. NULIDAD Y ANULABILIDAD COMO MANIFESTACIONES DE LA INVALIDEZ.

Como hemos visto, la invalidez viene a significar que, a partir de determinados hechos, que merecen un juicio negativo del ordenamiento (contratar

sobre objeto ilícito, el engaño entre contratantes, etc.), el efecto del negocio sufre una modificación tal que le resta vigor o que, incluso, hace que no se produzca efecto alguno.

Cuándo la sanción por alguna de estas irregularidades deba ser la invalidez y cuándo deba ser otra distinta es una cuestión realmente difícil. Al contrario que en la tradición francesa, nuestro ordenamiento parece decantarse, como regla general, por la invalidez, como nulidad de pleno derecho de toda infracción de la ley, tal y como se desprende del texto del artículo 6.3 del Código civil.

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

Como es evidente, pese a la anterior regulación, en la práctica, numerosos actos o contratos aunque son irregulares en el sentido recogido en los párrafos precedentes son perfectamente válidos, por lo que debe deducirse que el citado artículo 6.3 conmina los actos contrarios a la norma, pero no los meramente no conformes con ella³⁵, y que el establecimiento de un efecto distinto para el caso de contravención no ha de ser, necesariamente, expreso, sino que puede inferirse de la naturaleza y finalidad de la norma infringida³⁶.

³⁵ El Tribunal Supremo ha declarado, en numerosas ocasiones, que el párrafo 1º del artículo 4 del Código civil (antecedente, con alguna modificación, del actual artículo 6.3 del Código civil) “*se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiera la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regula la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo.*” Así lo recoge en SSTs de 19 de Octubre de 1.944, de 28 de Enero de 1.958, de 8 de Abril de 1.958, de 8 de Octubre de 1.963, de 22 de Marzo de 1.965, de 2 de Noviembre de 1.965, de 1 de Febrero de 1.966, de 19 de Enero de 1.967, de 26 de Noviembre de 1.968; y más recientemente han recogido esta postura las Sentencias de las diversas Audiencias Provinciales, como: la SAP de Barcelona de 6 de Marzo de 2.000, la SAP de Cádiz de 12 de Junio de 2.002 y la SAP de Alicante de 31 de Julio de 2.007, entre otras.

³⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de...*, T. I, vol. 3º, cit., pág. 248.

De todo ello se deriva que la figura de la invalidez, cuando menos, en el ámbito contractual, recoja casos en que las irregularidades son de tal magnitud que no pueden sanarse, constituyendo una apariencia vacía de contenido, y otros en que las deficiencias o irregularidades son más leves, por lo que los primeros serán casos de nulidad absoluta o de pleno derecho y los segundos serán casos de anulabilidad³⁷.

Esta diferenciación no es una discusión baladí, por cuanto de la misma se derivan consecuencias concretas en el régimen jurídico, tanto en lo que se refiere al plazo para el ejercicio de las acciones, como en cuanto a la legitimación para el ejercicio de las mismas, a la posible apreciación de oficio o a la posibilidad de convalidación del negocio en cuestión.

A) NULIDAD.

La nulidad implica un defecto o vicio concurrente en la creación del negocio jurídico que determina su invalidez y, por ende, su carencia de efectos jurídicos, de tal forma que, el negocio, adolece de una ineficacia intrínseca³⁸. Su carencia de efectos tiene lugar sin necesidad de que el mismo sea impugnado. De conformidad con lo anterior, se puede definir el contrato nulo³⁹ como aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencia jurídica, por lo que se considera el contrato como no celebrado (*"nullum est negotium; nihil est actum"*).

Así entendido, la nulidad sería una ineficacia estructural, ya que deviene de una irregularidad en la formación del contrato; radical y automática, en el sentido

³⁷ Reflejo de esta diferenciación lo podemos encontrar en los artículos 1.300 a 1.302 del Código civil, que si bien se encuentran bajo el epígrafe "*De la Nulidad de los Contratos*", se refieren expresamente a casos de anulabilidad de los contratos. En la misma línea se puede citar el artículo 1.309 del mismo cuerpo legal que habla de cómo la confirmación del negocio extingue la acción de nulidad.

³⁸ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 471. Y en la jurisprudencia allí citada: STS de 9 de Enero de 1.933 que lo caracterizó como: "*un acto sin efectos congruos de ninguna clase en el ámbito jurídico.*"

³⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 577.

de que se produce *“ipso iure”* y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de ningún interesado⁴⁰ (aunque, en la práctica, ante la posible apariencia negocial surgida del contrato nulo es útil y necesario solicitar la intervención judicial, que resolverá con una sentencia meramente declarativa; también en vía judicial suele ejercerse la nulidad del contrato como excepción), por lo que, incluso, los tribunales pueden declarar de oficio dicha condición de nulo; y definitiva, de tal forma que el paso del tiempo no la sana (*“quod ab initio vitiosum est, non potes tractu temporis convallescere”*)⁴¹, ni puede ser confirmada, convalidada o subsanada⁴².

Así las cosas, la nulidad también es, normalmente: originaria, aunque existen supuestos sobrevenidos; absoluta, ya que el negocio nulo debe ser nulo para todos, aunque existen casos de nulidad relativa; y puede ser total o parcial.

a) Causas.

Podemos considerar como causas de nulidad de los contratos las siguientes:

- ***Falta de consentimiento, objeto o causa del contrato.***- Tal y como viene recogido, *“a sensu contrario”*, en el artículo 1.261 del Código civil. El artículo 1.275 del mismo cuerpo legal vuelve a hacer referencia a la necesidad de causa en cualquier contrato para poder producir efectos.

- ***Indeterminación absoluta del objeto o su ilicitud.***- En cuanto a la indeterminación, viene recogida en el artículo 1.273 del Código civil, que exige que

⁴⁰ La Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2.009 recoge, en su artículo 1.296,1, que la declaración de nulidad de pleno derecho se hará a instancia de cualquier interesado.

⁴¹ Ya lo recogían así las SSTs de 20 de Octubre de 1.954 y de 21 de Octubre de 1.958, entre otras.

⁴² En esta misma línea se pronuncia la nueva redacción del artículo 1.296,3 que recoge la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2.009.

la cosa sea determinada, cuando menos, en cuanto a su especie; la ilicitud del objeto, por su parte, viene recogida en el artículo 1.271, último párrafo, del Código civil.

- ***Ilicitud de la causa.***- También el citado artículo 1.275 del Código civil establece la falta de efectos de cualquier contrato cuya causa no sea lícita, lo que hay que poner en relación con lo regulado en los artículos 1.305 y 1.306 del mismo cuerpo legal.

- ***Falta de forma.***- En aquellos casos de contratos en que es un requisito esencial y expreso para su validez ("*ad solemnitatem*").

- ***Haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva.***- Salvo que de la contravención de dicha norma se derive un efecto distinto a la nulidad. Lo que viene regulado de forma general en el artículo 6.3 del Código civil y expresamente para los contratos en el artículo 1.255 de dicho cuerpo legal. Esta regulación hace que deban considerarse como nulos todos los contratos celebrados en contra de cualquier ley, los que deban ser considerados como inmorales y los contrarios al orden público; lo que hace que se comprendan dentro de esta categoría los casos más dispares, muchos de los cuales pueden ser discutibles y son discutidos⁴³.

b) Acción de nulidad.

Como ya hemos avanzado, la nulidad, de por sí, establece la absoluta inatendibilidad del contrato, por lo que, en teoría, no es necesario ejercer ninguna acción para que dicha nulidad se produzca. En cambio, en la práctica, es frecuente

⁴³ LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 539. Donde también recoge que la nulidad ha de entenderse en relación con su fundamento, ya que del mismo van a depender las consecuencias jurídicas que tendrá el contrato, en contraposición a las que tendría dicho contrato en el caso de que no fuese nulo, pero no idénticas en todos los casos. Y establece como ejemplo el caso de que: de la ilicitud del objeto o de la causa puede derivar la privación de la acción de restitución al contratante o contratantes cuya conducta sea reprochable (tal y como viene recogido en los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil). Y continúa diciendo que: "alegada en juicio una causa de nulidad, no pueden los tribunales declarar ésta por causa distinta sin incurrir en incongruencia (Ss. 10 febrero, 24 febrero y 5 marzo 1966, 8 enero 1992; cierta flexibilidad se aprecia en S. 10 febrero 1994)."

que haya que acudir a los tribunales a fin de que se pronuncien sobre dicha nulidad, con la intención de que dicha cuestión, ante una controversia entre partes, quede definitivamente zanjada. De esta forma, tanto la acción como la sentencia que se dicte, en su caso, sobre la nulidad del contrato son meramente declarativas, ya que no crean el estado de nulo, sino que se limitan meramente a constatarlo.

La legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad corresponde a cualquier persona con un interés legítimo en el ejercicio de la misma, es decir, que corresponde tanto a las partes contratantes, sus representantes y sus herederos, aún cuando hayan causado voluntariamente la nulidad (en este caso la denuncia de la ilegalidad se antepone al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos⁴⁴), como a los terceros interesados.

En cuanto a los terceros interesados, la jurisprudencia⁴⁵ pronto fue más allá del aparente tenor de la letra del artículo 1.302 del Código civil (*“Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos”*), reconociendo legitimación activa a quienes tengan un interés jurídicamente suficiente, pero sin llegar a configurarla como una acción pública. El problema radica en dónde poner el límite⁴⁶, en precisar la entidad exigida del

⁴⁴ A este respecto se pronuncia de forma destacada la STS de 14 de Marzo de 1.974 cuando recoge que no puede oponerse la excepción de ir contra los propios actos *“puesto que ir contra alguno de los motivos que vician el acto supone el cumplimiento de un deber, que debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación de quien postule la nulidad.”* En esta línea también se puede citar la STS de 18 de Octubre de 1.982.

Cuestión distinta es que, en determinados casos, se niegue a una de las partes contratantes o, incluso, a ambas el derecho a la repetición de lo prestado (tal y como lo recogen, por ejemplo, los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil).

⁴⁵ Sobre lo recogido en este párrafo consultar las SSTs de 15 de Marzo de 1.994 (*“los terceros solo pueden ejercitar la acción de nulidad si les perjudica la relación contractual o pueden verse sus derechos burlados o menoscabados, pero no si son extraños a tal situación”*), de 20 de Enero de 1.936, de 26 de Febrero de 1.944, de 30 de Mayo de 1.955, de 2 de Diciembre de 1.966, de 5 de Noviembre de 1.990 y de 14 de Diciembre de 1.993, y, más recientemente la SAP de Madrid de 17 de Febrero de 2.001, SAP de Alicante de 29 de Mayo de 2.003 y la SAP de La Coruña de 30 de Septiembre de 2.004, y, en el ámbito propiamente sucesorio, la STS de 3 de Abril de 1.962 y, con posterioridad, la SAP de Madrid de 24 de Febrero 2.010.

⁴⁶ Así, es suficiente el interés de quien contrató sobre la cosa objeto del contrato, en cuanto su derecho dependa de la validez del que atacan (en caso de doble venta, cuando la primera sea nula), el de los acreedores que ven perjudicada la solvencia de su deudor, o el del retrayente a quien se perjudica haciendo figurar un precio exagerado, cuando no medio ninguno (STS de 12 de Abril de 1.955). En cambio no se considera suficiente el del colindante que prefería

interés para poder ejercer la acción.

Los meros terceros, al igual que no están vinculados por el contrato nulo, tampoco lo pueden atacar, al no estar legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad, ni por sí ni por el beneficio de las partes. Salvo que puedan acreditar que el contrato nulo supondría un obstáculo o un perjuicio de algún derecho del que sean titulares⁴⁷.

La legitimación pasiva, por su parte, recae sobre todos los interesados en el contrato, de tal forma que la acción ha de ejercerse contra las partes, sus herederos, los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio y los causantes de la nulidad, por lo que se exige el litisconsorcio pasivo necesario de todos ellos⁴⁸.

La acción de nulidad puede ser ejercitada tanto por la vía de la acción como de la reconvención (que deberá reunir los requisitos del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y podrá dirigirse contra sujetos no demandantes pero que puedan entenderse como litisconsortes voluntarios o necesarios del reconvenido, tal y como lo recoge el artículo 407.1 del mismo cuerpo legal).

Aunque con la entrada en vigor del Código civil el Tribunal Supremo⁴⁹, en consonancia con los principios de justicia rogada y congruencia que presiden el Código, insistió en que cuando la resolución de un litigio dependía de la nulidad de

tener como vecino al vendedor, por ser más amable que el comprador (SSTS de 23 de Octubre de 1.973, de 11 de Febrero de 1.986, de 16 de Abril de 1.986, y de 15 de Marzo de 1.994).

⁴⁷ Esta doctrina ya fue recogida por la STS de 27 de Marzo de 1.963 y ah sido reiterada con posterioridad por la STS de 19 de Mayo de 1.998 y, nuevamente, por la STS de 25 de Abril de 2.001.

⁴⁸ Así lo recogen, entre otras, las SSTs de 3 de Junio de 1.995, de 3 de Febrero de 1.998 y de 30 de Junio de 1.998. Lo contrario llevaría a la situación de que un contrato fuese nulo para uno de los intervinientes en él (que hubiese litigado) y válido para otro (que no hubiese litigado), lo que atentaría contra toda lógica ya que, en principio, un contrato no puede ser nulo y válido al mismo tiempo. En esta línea se habían pronunciado también, con anterioridad, las SSTs de, de 20 de Marzo de 1.964, de 14 de Junio de 1.969, y, en cierta medida, también las de 31 de Diciembre de 1.979 y de 4 de Julio de 1.986.

⁴⁹ Así pueden citarse las SSTs de 7 de Abril de 1.892, de 18 de Abril de 1.892, de 19 de Febrero de 1.894, de 31 de Enero de 1.896, de 11 de Junio de 1.897 o de 18 de Enero de 1.904. Doctrina que ha sido recogida con posterioridad en SSTs de 4 de Noviembre de 1.969, de 2 de Junio de 1.970 o de 3 de Octubre de 1.979.

un negocio debía solicitarse previa (o cuando menos conjuntamente), expresa y directamente dicha declaración de nulidad, es cierto que, con el paso del tiempo se fue abriendo paso la línea doctrinal que entendía, por la propia naturaleza de la nulidad de pleno derecho, la posibilidad de su apreciación de oficio. Esta segunda doctrina, ya fue recogida, aunque con carácter excepcional, por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Marzo de 1.939 (en un caso en el que el contenido del contrato se consideró “*manifiesta y notoriamente contrario a la moral*”⁵⁰). De esta forma, la apreciación de oficio de la nulidad tiene un carácter extremadamente excepcional, y se limita a aquellos casos que suponen un atentado flagrante contra el

⁵⁰ Con anterioridad la STS de 29 de Marzo de 1.932 estableció: “*que si bien, en principio y acatando el art. 359 LEC, para que pueda decretarse la nulidad de los contratos debe ser solicitada en debida forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos perjudican no es tan absoluto y rígido el precepto procesal mencionado, que impida a los Tribunales de Justicia el hacer las oportunas declaraciones, cuando los pactos y cláusulas que integran el contenido de aquéllos sean manifiesta y notoriamente contrarios a la moral o ilícitos, pues lo contrario conduciría a que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener apoyo y base fundamental en hechos torpes o constitutivos de delitos, absurdo ético-jurídico inadmisibles*”, y la de 29 octubre 1949 dice “*sin que obste a su desestimación (la del recurso) que actores y demandados aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque los Tribunales pueden y deben apreciar “ex officio”, como base de un fallo desestimatorio, la ineficacia o la inexistencia de los actos radicalmente nulos*”. Esta postura ha sido recogida con posterioridad también en SSTs de 29 de Enero de 1.932, de 15 de Enero de 1.949, de 20 de Octubre de 1.949, de 27 de Mayo de 1.949, de 29 de Octubre de 1.949, de 27 de Octubre de 1.956, de 28 de Abril de 1.963, de 1 de Diciembre de 1.964, de 5 de Marzo de 1.966, de 28 de Mayo de 1.973, de 31 de Diciembre de 1.979, de 27 de Noviembre de 1.984 y de 30 de Diciembre de 1.992. En este sentido debe destacarse la STS de 31 de Marzo de 1.981, que hace un minucioso y cuidado estudio de la jurisprudencia anterior, y que es recogida posteriormente en SSTs de 15 de Diciembre de 1.993 o de 24 de Abril de 1.997. También la STS de 24 de Abril de 1.997 establece que: “*La jurisprudencia civil admite la posibilidad de declarar de oficio, la nulidad radical o absoluta de las relaciones contractuales, pero ha precisado de forma bien delimitada los supuestos en los que procede y justifica, para evitar el peligro de proliferación de nulidades excesivas en aquellas cuestiones que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y que deben de dejarse a la iniciativa e interés de las partes. En esta línea jurisprudencial (S 15 diciembre 1993, que cita SS 29 marzo 1932, 15 enero 1949, 20 y 29 octubre 1949 y 28 abril 1963), el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir “ex officio”, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los negocios radicalmente nulos, en los supuestos en los que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria. Por contrario, no procede declarar de oficio la nulidad de aquellos contratos no afectados de vacío y cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto, mientras no fueren impugnados en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa; lo que sucede en este supuesto, pues no se trata precisamente de ausencia total del objeto del contrato o inexistencia material del mismo, ya que la nave que se vendió estaba ubicada en la urbanización que renta realidad material y superficial y se situó dentro de su extensión superficial de 19.500 m², y con independencia de su ubicación exacta, que es problema distinto, por lo que el motivo ha de acogerse, al no encajar la nulidad decretada en los supuestos autorizados por la doctrina jurisprudencia y haber llevado a cabo la sentencia recurrida alteración decidida de la causa de pedir, irrogando indefensión a la recurrente y así esta Sala lo ha declarado en S 20 junio 1996 (que cita, entre otras, SS 7 julio 1986, 9 enero 1992, 9 noviembre 1993, 10 febrero 1994 y 6 marzo 1995).*”. Y, en esta línea, la STS de 7 de Junio de 2.006 estableció: “*esta doctrina permisiva de la declaración de oficio por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos, no puede servir, por el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada por el Juzgador esa facultad, para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas*”. Y, en cuanto a SSTs que niegan la apreciación de oficio de forma genérica cabe citar la de 22 de Diciembre de 1.992 y la de 30 de Junio de 2.009.

orden público, de tal forma que se evite que los actos de los tribunales, por el silencio de las partes puedan llegar a amparar hechos torpes o delictivos⁵¹.

En cuanto al plazo para ejercer la acción de nulidad la jurisprudencia⁵² viene diciendo que el mismo no está sujeto a plazo de prescripción o caducidad alguno, de tal forma que puede ejercerse en cualquier momento⁵³, por lo que no sería aplicable la limitación temporal dispuesta en el artículo 1.301 del Código civil, de conformidad con la máxima *“quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere”*. En esta misma línea se ha argumentado que toda vez que estos contratos no son confirmables, tampoco podrían convalidarse por el mero hecho de dejar pasar el tiempo.

Según LACRUZ⁵⁴ la nulidad puede pedirse en cualquier momento, mientras persista un interés suficiente en el demandante, al tratarse de una acción meramente declarativa. Cuestión distinta, comenta, es el tratamiento de las

⁵² Por todas ellas, las SSTs de 25 de Abril de 1.983, de 19 de Julio de 1.989, de 14 de Noviembre de 1.991, de 23 de Octubre de 1.992 y de 23 de Julio de 1.993. Más recientemente, la STS de 14 de Marzo de 2.000 vuelve a recoger lo dicho por la de 4 de Noviembre de 1.996: *“la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción”* (en el mismo sentido la sentencia, entre muchas otras). En esta misma línea, las SSTs de 18 Octubre 2.005 y de 4 Octubre de 2.006: *“aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado. De ahí que en tales caso no pueda acudir a las normas que sobre la nulidad contractual (“rectius” anulabilidad) establecen los artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil, pues ya el primero se refiere de modo expreso a “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261”, los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”* Finalmente, la STS de 22 Febrero de 2.007 fija que: *“Como consecuencia de ello la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo.”* Asimismo, la reciente SAP de Salamanca de 2 de Diciembre de 2.010 recoge: *“Con lo cual olvida el apelante que si bien el artículo 1301 del CC declara que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, la doctrina y la jurisprudencia es plenamente acorde en considerar que el plazo de cuatro años señalado en este artículo es propio, únicamente, de la anulación o nulidad de relativa, de modo que no se aplica ni a las acciones de declaración, ni a las de nulidad absoluta o de pleno derecho, puesto que las primeras son imprescriptibles y respeto de la nulidad de pleno derecho ha de tenerse en cuenta que es también imprescriptible la acción para pedir la nulidad por inexistencia o nulidad absoluta y que esta acción pueden ejercitarla no sólo las partes contratantes, sino además todo tercero perjudicado...”*.

⁵³ El, ya citado, artículo 1.296,1 de la Comisión General de Codificación recogida en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2.009 viene a recoger expresamente la condición de imprescriptible de esta acción de nulidad.

⁵⁴ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., págs. 552 y ss.

pretensiones que, si bien traen causa en la nulidad, no se reducen a su mera constatación, como en el caso de la acción restitutoria de la prestación realizada. El propio autor, a este respecto, se decanta por el plazo genérico de prescripción de quince años de las acciones personales que no tengan fijado otro, recogido en el artículo 1.964 del Código civil, aunque establece la posibilidad de que éste sea de treinta años en los casos en que lo que deba restituirse sea un inmueble. Establece también LACRUZ, en esta línea, posibilidad de que el poseedor en virtud de contrato nulo adquiera la propiedad por usucapión extraordinaria⁵⁵.

c) Efectos.

Como ya hemos visto, “*quod nullum est, nullum producit effectum*”, de tal forma que cuando un contrato es nulo éste no crea verdadera vinculación entre las partes, realmente no surgen las obligaciones contractuales y, por tanto, ninguna de las partes puede exigir las supuestas contraprestaciones u obligaciones, que se derivarían si el contrato no fuese nulo, y las que se hayan producido deben ser restituidas.

En cuanto a la obligación de restitución, ésta es recíproca, es decir, que quien no devuelva aquello que por la nulidad esté obligado a devolver no podrá exigir la restitución de lo debido de contrario, tal y como lo recoge el artículo 1.308 del Código civil⁵⁶; y la restitución debe hacerse “*in natura*” siempre que fuese posible, y en caso contrario deberán restituirse los frutos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió.

Esta obligación de restituir no es absoluta, sino que tiene diversos límites, tal y como anuncia el artículo 1.303 del Código civil: a) el incapaz (art. 1.304 del C.c.)

⁵⁵ Por su parte, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 579) entiende que el título nulo no puede usarse de título para la usucapión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.953 del Código civil.

⁵⁶ La aplicación de este y el resto de artículos relacionados del Código civil a todos los casos de invalidez viene recogida en las SSTs de 29 de Noviembre de 1.986, de 6 de Octubre de 1.994, de 28 de Septiembre de 1.996 y de 24 Marzo de 2.006.

sólo se verá obligado a restituir en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera; b) cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato (art. 1.305 del C.c.), las partes carecerán de acción entre ellas, y si sólo una fuese responsable, será sólo ella la que carezca de acción; c) cuando la nulidad provenga de causa torpe (art. 1.306 del C.c.), al igual que en el caso anterior, las partes carecerán de acción entre ellas, salvo que sólo una de ellas fuese la responsable, en cuyo caso la otra parte sí tendrá derecho a la acción y no tendrá obligación de restituir; c) también se extinguirá la acción de restitución cuando la cosa objeto del contrato se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercer la acción (art. 1.314 del C.c.).

En esta misma línea de no producción de efectos, el contrato nulo no puede ser inscrito en los registros ni en las oficinas públicas ni, por supuesto, su inscripción en el Registro de la Propiedad convalida los actos nulos (tal y como lo recoge el artículo 33 de la Ley Hipotecaria).

En cuanto a la extensión de los efectos, estos pueden producirse sobre la totalidad del negocio o afectar tan sólo a una parte. Cuestión distinta es la relativa a la propagación de la ineficacia a otros contratos. En estos casos, a falta de precepto legal expreso, hay que decantarse porque la nulidad de lo principal acarrea la de lo accesorio, mientras que, por el contrario, la nulidad de lo accesorio no debería afectar la de lo principal. En cualquier caso, los conceptos de principal y accesorio son de difícil determinación por su carácter subjetivo, dependiendo en gran medida de la voluntad de las partes, de si estas querrían, por ejemplo, que persistiese lo principal a falta de lo accesorio. De esta manera, a fin de determinar la extensión de la nulidad habrá que atender⁵⁷ al propósito negocial concreto, y tenerse en cuenta

⁵⁷ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 554.

En cuanto a la extensión de la nulidad hay sentencias dispares en nuestra jurisprudencia, por lo que la solución es, cuando menos, dudosa. Así, la STS de 20 de Noviembre de 1.964 establece que: “no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando éste presuponga, para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar la ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del

las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe.

Pese a que el contrato nulo, como hemos dicho, no produzca efectos contractuales, eso no quiere decir que del mismo no se deriven otra serie de consecuencias jurídicas. Y, como no podía ser de otra manera, una de estas consecuencias es la reparación del daño causado por la invalidez del contrato, cuando uno de los contratantes conocía o debía conocer la nulidad del negocio jurídico, mientras que la otra parte no; de tal forma que el primero deberá reparar al segundo los daños que a éste le cause el haber confiado en el primero, de tal manera que se le indemnice por las pérdidas o gastos producidos, lo que no quiere decir que se le restituya a la posición que hubiese tenido de ser válido el contrato.

d) Nulidad parcial.

Al igual que la ineficacia de un contrato puede ser total o parcial, también lo puede ser la nulidad, ya que, toda vez que el contrato es una reglamentación de una situación jurídica concreta compuesto de una serie de reglas de conducta de contenido preceptivo, la nulidad puede afectar a la totalidad del conjunto de reglas o tan sólo a una o algunas. Esta postura tiene su base en el principio de conservación de los contratos y en el de que lo inválido no puede viciar lo válido (*“utile per inutile non vitiantur”*). Por otro lado, también es posible entender que un contrato, concebido como instrumento unitario para la consecución de un fin, según la voluntad de los contratantes, no puede ser eficaz en cuanto a una parte e ineficaz en cuanto a otra, ya que eso supondría quebrantar la autonomía privada de la voluntad de las partes en su otorgamiento y crear una reglamentación que ni responde a la voluntad de las partes ni a sus intereses. De esta forma, aunque nos decantemos por la primera postura, quizá no sea posible aplicarla de forma general a todos los casos, por lo que habría que examinar la norma imperativa infringida que provoca la nulidad en cada caso concreto y después estudiar la solución de la posible laguna

posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso perseguido.” En sentido contrario se pronuncia la STS de 24 de Noviembre de 1.983 o la de 8 de Diciembre de 1.991.

legal, cuando ésta no venga expresamente recogida en la norma.

Lo que es evidente, es que dentro del ámbito del Derecho positivo la nulidad parcial tiene su campo propio de aplicación⁵⁸. Así, por ejemplo, la nulidad del pacto

⁵⁸ La concurrencia de pactos válidos y nulos en un mismo acto es ampliamente admitida, así la STS de 23 de Noviembre de 1.983, citando a la STS de 30 de Marzo de 1.950, recoge expresamente que: *“hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio.”* En esta misma línea se pueden citar las SSTs de 3 de Junio de 1.953, de 11 de Noviembre de 1.955, de 7 de Junio de 1.960, de 7 de Julio de 1.978, de 30 de Abril de 1.986, de 17 de Octubre de 1.987 o de 28 de Enero de 2.009. También recientemente han recogido esta postura la SAP de Burgos de 6 de Junio de 2.007, y la SAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2.010.

De esta forma cabe concluir, tal y como lo recoge concienciadamente CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial del Testamento*, Centro de Estudios Registrales, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2.002, págs. 198 y ss.) que la admisión de la categoría de la nulidad parcial ha sido ampliamente admitida y recogida por el Tribunal Supremo, al existir varias sentencias que, de una forma o de otra, aplican esta figura. La existencia de esta figura fue confirmada ya por la sentencia de 30 de Marzo de 1.950 al decir que: *“... hoy está admitido doctrinal y jurisprudencialmente la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto jurídico de pactos válidos y pactos nulos sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio.”* En la misma línea se pronunció el Tribunal Supremo en las sentencias de 24 de Noviembre de 1.983 y de 11 de Marzo de 1.985. La propia sentencia de 30 de Marzo de 1.950, dentro de los negocios jurídicos, continúa pronunciándose sobre este particular al decir que: *“... es perfectamente posible la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, como se comprueba en múltiples pasajes de nuestro Derecho, tales como los previstos en los artículos 400, 515, 641, 781 y 814, entre otros del Código civil, y esta característica se da con caracteres muy acusados en el convenio de (...) pues en él hay un acuerdo definitivo para dirimir entre los propios interesados las diferencias surgidas con todos los requisitos necesarios para dar nacimiento al vínculo contractual de la transacción en la que se ha insertado....”*

Dentro del ámbito de los negocios jurídicos también, la sentencia de 1 de Abril de 1.965 va un paso más allá en el reconocimiento de la figura de la nulidad parcial, no ya declarando la nulidad de una disposición concreta, sino de una parte de una condición, manteniendo el resto de la condición y, obviamente, del contrato en vigor, lo que supone el reconocimiento de la nulidad parcial dentro de una cláusula. Todo ello al decir que: *“... el tribunal a quo lleva a cabo en relación con la impugnación que de la misma se plantea en el escrito inicial de la litis se resuelve en la sentencia que se recurre declarando radicalmente nulos los apartados b y c de aquella condición establecida, así mismo la ilegalidad de los incrementos de renta operados en el expresado contrato en virtud de lo dispuesto en los mencionados apartados, y es todo esto lo que motiva precisamente lo que motiva al formalización del presente recurso de injusticia notoria (...) hace inviable el motivo primero y en consecuencia al segundo...”*

En cualquier caso, y pese a la existencia de sentencias anteriores, la doctrina general de la nulidad parcial, en lo que al negocio jurídico en general se refiere, podemos decir que queda asentada con la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1.977, que establece: *“Que dicha regla jurídica [la de la validez parcial] es la que debe prevalecer en nuestro Derecho, aún a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: 1º) en la aplicación analógica admitida por el artículo 4.1 del CC, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte, de aquél (artículos 641.2, 737.2, 767, 781, 786, 793, 1116 (interpretado en este sentido por la STS de 4 de marzo de 1975), 1155.1, 1376, 1377, 1476, 1691.1, etc.). 2º) Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las Sentencias de 30 de octubre de 1944 y 7 de noviembre de 1967. 3º) En la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial, como puede verse en las Sentencias de 30 de marzo de 1950, 11 de noviembre de 1955, 22 de enero y 17, 21 y 21 de mayo de 1958 y 7 de junio y 6 de diciembre de 1960, cuya regla es la precedente, a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiese concluido sin la parte nula, como se estimó en las Sentencias de esta Sala de 17 de mayo de 1958, 29 de abril de 1965 y 30 de noviembre de 1973, como se previó en la antes mencionada de 4 de marzo de 1975.”* Puede destacarse, en cuanto a la nulidad parcial, en este apartado, lo que recoge la sentencia de 21 de Febrero de 1.984: *“... el fallo a*

que se alude no acuerda ni decreta la nulidad total del convenio de partición, sino únicamente aquellos extremos que directa o indirectamente se refieren al contenido de la cláusula manipulada y sustituida por la venta que la sentencia declara nula por simulación absoluta, lo cual significa la conservación del resto y sus pertinentes adjudicaciones..., de acuerdo ello con la ya reiterada doctrina de esta Sala -SS. de 11 noviembre 1955, 27 mayo 1958, 7 junio 1960 y 24 noviembre 1983 -de la posibilidad y compatibilidad en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad parcial trascienda por fuerza a la totalidad del negocio según la naturaleza del mismo y buena fe....” Por su parte la sentencia de 17 de Octubre de 1.987, en línea con las anteriores sentencias también da por buena la figura de la nulidad parcial dentro del ámbito negocial al recoger: “La aplicación de la recordada doctrina (la nulidad parcial), que procede reiterar, al caso justificable que el recurso trae a la consideración de la Sala, no puede menos que conducir a la desestimación del mismo, ya que el precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero que se quiere extender a los cuarto y quinto y por lo tanto a la totalidad de lo convenido en uno de abril de mil novecientos setenta y nueve resulta ser Real Decreto novecientos nueve/mil novecientos setenta y ocho, de catorce de abril, por lo tanto una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. ... Sin embargo, conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto «la levedad del caso así lo permite» y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz.” Con posterioridad el Tribunal Supremo también ha dispuesto, en su sentencia de 18 de Marzo de 1.998 a este respecto que: “... la nulidad alcanzará a este concreto acuerdo que será anulado, sin afectar al resto de los acuerdos alcanzados legítimamente, es decir, se acepta el concepto de nulidad parcial y se estima este motivo del recurso.” También recoge la doctrina de la nulidad parcial la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 2.000, cuando expone: “La nulidad parcial, de contemplación casuística, solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula (Sentencias 4 diciembre 1986, 17 octubre 1987) y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio (Sentencias 30 marzo 1950, 22 abril 1988, 15 febrero 1991, 23 junio 1992).” E igualmente queda recogida la aplicación de la nulidad parcial en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2.006, al decir que: “... con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur* (la parte útil no resulta viciada por la inútil), la jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992 y 18 de marzo de 1998), doctrina aplicada al incumplimiento de disposiciones de naturaleza administrativa, entre otras, por la STS de 15 de febrero de 1991(hasta la modificación de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad parcial de las compraventas de viviendas de protección oficial por precio superior al autorizado: SSTS de 3 de septiembre de 1992, seguida de otras)... En el caso examinado en este proceso, la nulidad por incumplimiento de las disposiciones de la LRYDA de las cláusulas mediante las cuales se transmite la posesión de la mitad indivisa del lote, no conlleva la de la totalidad del negocio jurídico, pues no puede afectar a los efectos económicos entre las partes de la división operada, con la consiguiente obligación de indemnización del valor correspondiente habida cuenta de la indivisibilidad del objeto del contrato (arts. 1150 y 1062 CC y 35.4 LRYDA), ...” Sentencia del Tribunal Supremo que además recoge la ausencia en el Código civil de una regla clara sobre la nulidad parcial, pero el reconocimiento por parte de éste de la existencia de esta figura al recogerla en numerosos preceptos, cuando expresa que: “El CC no contiene una regla general sobre la nulidad parcial, pero son muy numerosos los artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas nulas no hacen nulo el negocio (artículos 641, 737, 767, 793, 794, 814, 865, 1155, 1260, 1316, 1317, 1476 y 1608 CC, entre otros).”

Entendida “*a sensu contrario*” también entra a valorar la posible aplicación de la nulidad parcial la sentencia de 3 Octubre de 2.007, al decir: “Como se apreció por el tribunal sentenciador y esta parte ha manifestado no es cierto como afirma la recurrente que dichas infracciones tengan un valor relativo o accesorio en relación con la totalidad del contrato. (...) La nulidad de pleno derecho del contrato es total afecta a partes esenciales del mismo no separables sin alterar la economía del contrato.” Reconoce expresamente también la aplicación de la teoría de la nulidad parcial en sede contractual la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2.008, que recoge literalmente que: “En el contexto de razonabilidad exigido por la ley en las cláusulas contractuales que puedan ser impuestas por las sociedades de gestión a los usuarios de los derechos de propiedad intelectual, las cláusulas anuladas por exceso en la remuneración fijada no constituyen obstáculo para la efectividad del contrato, ya que resulta posible acordar su nulidad únicamente en cuanto al exceso y su reducción en lo necesario para hacer efectivo el principio de igualdad por comparación.... La jurisprudencia, en efecto, con arreglo al aforismo *utile per*

leonino o del que excluye a algún socio de toda parte de las ganancias, que no afecta al contrato de sociedad civil (art. 1.691 del C.c.), o la nulidad del pacto de eximir al vendedor de responsabilidad por evicción en el caso de que concurra mala fe por parte del propio vendedor (art. 1.476 del C.c.), el propio Código civil recoge

inutile non vitatur (la parte útil no resulta viciada por la inútil), declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, principio que se recoge en el artículo 10 LCU), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992, 18 de marzo de 1998, 25 de septiembre de 2006, rec. 4815/1999)."

A la teoría de la nulidad parcial también hace mención, aunque de forma sucinta, el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de Diciembre de 2.009, cuando expresa: *"La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 6.3 CC según las SSTS 17-10-1987, 27-02-1974 y 28-07-1986 -se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales solo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula- SSTS de 10-10-1977 y las que en ella se citan y de 04-12-1986."*

Actualmente el Tribunal Supremo sigue manteniendo esta línea jurisprudencial, como se desprende de la reciente sentencia de 17 de Junio de 2.010, cuando expone: *"Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales solo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula (SSTS de 10 de octubre de 1977 y las que en ella se citan y de 4 de diciembre de 1986).*

Este criterio jurisprudencial, reflejado en el artículo 10 LCGC cuando prevé que la declaración de nulidad de las cláusulas de las condiciones generales no determinara la ineficacia total del contrato, otorgando preferencia a la conservación del mismo, es el trasunto normativo del principio general de conservación de los contratos."

O de lo recogido en la sentencia de 1 de Julio de 2.010, que recoge: *"Ante todo conviene dejar constancia de que cuando las cláusulas abusivas no afectan de forma sustancial al equilibrio diseñado por las partes, la validez y conservación del contrato por un lado, y la nulidad de las cláusulas abusivas por otro, no ofrece especiales dificultades a nivel dogmático, al regir la regla "utile per inutile non vitiatur", común en el ámbito contractual, afirmando la sentencia número 832/2008, de 22 de diciembre, que "La jurisprudencia, en efecto, con arreglo al aforismo utile per inutile non vitiatur (la parte útil no resulta viciada por la inútil), declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, principio que se recoge en el artículo 10 LCU), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992, 18 de marzo de 1998, 25 de septiembre de 2006, rec.4815/1999)"."*

Otras sentencias del Tribunal Supremo en que se ha pronunciado sobre el tema, a favor de la posibilidad de la aplicación de la nulidad parcial, son las de 3 de Junio de 1.953, de 11 de Noviembre de 1.955, de 7 de Junio de 1.960, de 14 de Enero de 1.985, de 20 de Junio de 1.985, de 5 de Noviembre de 1.985, de 10 de Marzo de 1.986, de 4 de Diciembre de 1.986, de 12 de Noviembre de 1.987, de 22 de Abril de 1.988, de 15 de Febrero de 1.991, de 28 de Febrero de 1.991, de 23 de Junio de 1.992, de 24 Junio de 1.991, de 25 de Enero de 2.007, de 17 de Junio de 2.010 y de 20 de Abril de 2.011.

En esta misma línea, como no podía ser de otra manera, también se han venido pronunciado las diversas Audiencias Provinciales. Caben citarse a este respecto y a modo de ejemplo: la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de Septiembre de 1.997, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Marzo de 1.998, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 15 de Abril de 1.998, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 Junio 2.001, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 Febrero de 2.003, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 Junio de 2.003, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de Diciembre 2.005, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de Junio de 2.007 o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de Octubre de 2.009, y las aún más recientes sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 de Junio de 2.010, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 Julio de 2.010.

numerosos ejemplos más de aplicación de la nulidad parcial (arts. 1.155, 1.260, 1.316, 1.476, 1.508, 1.608, 1.795 o 1.286, y fuera del ámbito contractual arts. 641, 737, 767, 786, 792, 793, 794, 814 u 865). De esta manera, tanto si la norma expresamente se decanta por la nulidad parcial como si de la interpretación de la ley se llega a esa interpretación ésta deberá ser la solución y no otra.

Por su parte, la Ley 7/1.998, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación, prevé, en sus artículos 9 y 10, la posibilidad de declaración de la nulidad parcial del contrato que las contenga en aquellos casos en que una sentencia estimatoria, tras el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decreta la nulidad o no incorporación de algunas cláusulas y la validez del resto del contrato en el caso de que éste pueda subsistir sin ellas.

La nulidad parcial, así entendida y regulada, es una forma de salvar el intento práctico de las partes, para que su voluntad no quede del todo frustrada. Cuestión distinta, es qué solución debe tomarse en aquellos casos en que no vienen expresamente regulados, de tal forma que no se sabe si el punto de partida debe ser la nulidad total, que se aplicaría salvo que se probase la voluntad de las partes implicadas de mantener el contrato aún parcialmente, solución ésta que adopta el BGB (§ 139); o si el punto de partida, por el contrario, debe ser la nulidad parcial, salvo que se pruebe que el contrato no se hubiera formalizado así, solución que adoptan en Italia (art. 1.419 del Código civil Italiano). Lo único que parece claro es que hay que atender a la voluntad real de las partes, pero, como hemos avanzado, el problema lo encontramos a la hora de establecer sobre quién recaería la carga de la prueba y cuál, en su caso, sería la presunción legal en caso de que la valoración de la voluntad no condujese a resultados esclarecedores.

En cualquier caso, si el supuesto concreto de nulidad parcial viene regulado y existe decisión normativa sobre la regulación aplicable, normas imperativas o sustitutivas, a ellas habrá de estarse, indistintamente de cuál fuera la voluntad de las partes en ese caso o de si la parte nula es esencial o no. En estas hipótesis la nulidad parcial es el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa

“*ex lege*” que se impone como contenido preceptivo del contrato. En el caso de que la nulidad parcial sea ordenada expresamente, pero no se establezca la regulación sustitutoria o si la nulidad parcial viene determinada en razón de las reglas generales sobre la voluntad conjetural o presumible, la regulación sustitutoria podría obtenerse de los siguientes criterios: a) que las partes hayan previsto expresamente la posibilidad de la nulidad parcial y hayan establecido ellas mismas la regulación supletoria aplicable, como cláusula de salvaguarda, en cuyo caso, y siempre dentro del ámbito de la autonomía privada, deberán entrar en funcionamiento dichas cláusulas; b) en los demás casos deberá funcionar el modelo general de regulación dispuesto en el Derecho legal dispositivo; c) a falta de regulación en el Derecho general dispositivo, deberán aplicarse las reglas derivadas del principio de buena fe, aplicado en función de la integración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil.

e) Convalecencia.

Algunos autores⁵⁹ sostienen la imposibilidad de convalidación de los contratos radicalmente nulos⁶⁰, reconociendo como única forma de convalidación la confirmación en el caso de contratos anulables. Por el contrario, otros autores⁶¹ defienden la existencia de la convalidación como supuesto para aquellos casos ciertamente excepcionales en los cuales, aún dándose la nulidad radical del negocio, se admite la rectificación o regulación del mismo.

Dentro de esta segunda postura, podemos encontrarnos, como casos de convalidación: a) el de aquellos contratos respecto de los cuales su autor carecía del poder de legitimación necesario para afectar a la esfera de intereses recogidos en el contrato en cuestión, de tal forma que la posterior ratificación por el titular de tales

⁵⁹ Vid., por ejemplo, LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 571.

⁶⁰ En esta línea se pronuncia la Propuesta de modernización del Código civil que en 2.009 hizo la Comisión General de Codificación, al decir en su artículo 1.296,3 que: “*El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado.*”

⁶¹ En esta línea vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 589.

intereses convalidará el contrato (art. 1.259 del C.c.); b) el de los negocios dispositivos en los que el transmitente carece del necesario poder de disposición en el momento de formalizar el contrato, pero éste adquiere dicho poder de disposición con posterioridad, en cuyo caso, en dicho momento queda convalidado el contrato, lo que tiene su fundamento en la inadmisibilidad de “*venire contra factum proprium*”; c) también en aquellos casos en que es posible el otorgamiento de la forma documental solemne exigida para la validez y ésta se realice.

f) Conversión.

DÍEZ-PICAZO⁶² define la conversión como aquel medio jurídico a través del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato o negocio cuyos requisitos reúne. LACRUZ⁶³, por su parte, la define como el medio de evitar la ineficacia de un contrato, que de ser interpretado y calificado conforme a los criterios ordinarios, sería inválido o ineficaz, otorgándole, en los casos que proceda, una calificación distinta, para la que el contrato sí reúne los requisitos suficientes, y cuyos efectos satisfagan todavía la finalidad o propósito práctico de los contratantes y, como es evidente, conforme a la cual el contrato sea válido y eficaz.

No regula nuestro ordenamiento la figura de la conversión de forma general, ni establece sus rasgos propios, pero no es una figura ajena a la tradición del Derecho común (cláusula codicilar, “*confirmatio donationis*”), ni faltan

⁶² Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 590. Donde además recoge las definiciones de conversión defendidas por ALBADALEJO, que establece que hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente; y de VALLET DE GOYTISOLO, que la define como aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, un negocio o un documento, sustancial o formalmente nulo en su especie o tipo, puede resultar válido, como acto, negocio o forma de especie o tipo diferente.

⁶³ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 571. Donde defiende también la inexactitud del término conversión, toda vez que en la práctica no se trata de que un contrato o negocio sustituya a otro, es decir que no se trata de que un contrato que primero era inválido se convierta luego, en virtud de acontecimientos posteriores, en un contrato distinto, sino que el contrato original y único desde el principio se enjuicia según la calificación corregida que le salva de la invalidez a cambio de producir efectos algo distintos, por lo general más limitados o más débiles.

manifestaciones de la misma en el Código civil (como por ejemplo en el artículo 597), lo que unido al principio de conservación del negocio (*“favor negotii”*, *“ut magis valeat quam pereat”*, arts. 1.284 y 1.289 del C.c.) y a la regla de la buena fe en la integración del contenido del negocio (art. 1.258 del C.c.) llevan a considerar a la conversión como remedio general correctivo de la ineficacia en ayuda de la autonomía privada⁶⁴.

La importancia de la conversión está en que, como el fraude de ley, aunque en sentido opuesto, permite delimitar el ámbito de la nulidad. El fraude de ley, por su parte, permite extender dicho ámbito de lo que es nulo, mientras que la conversión servirá para restringirlo. De esta manera la conversión permite evitar el estigma de la nulidad cuando el fin práctico pretendido con el negocio inicial puede merecer el amparo legal. Supone un remedio último, toda vez que viene a forzar la normal autonomía de la voluntad e imponer una regulación distinta a la que aparezca como querida.

Actualmente nos podemos encontrar con tres clases de conversión: la conversión formal, la conversión material legal y la conversión en sentido estricto.

1. La conversión formal es aquella que se da cuando el documento en que conste el negocio que se pretendía crear, aún cuando carezca de algún requisito para la validez de la forma documental elegida, tendrá valor conforme a otra forma de documento en caso de reunir los requisitos de éste. Como puede ocurrir en el caso de una escritura defectuosa por una falta de forma que puede tener valor como documento privado, según lo establecido en el artículo 1.223 del Código civil.

2. La conversión material legal viene exigida directamente por la ley, en

⁶⁴ En esta misma línea continúa la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2.009, al recoger en su redacción del artículo 1.296,3 que: *“Un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que éstas lo habrían querido de haber conocido la nulidad.”*

la que se evita la ineficacia al entenderse lo querido conforme a su posibilidad de tener eficacia jurídica. En este sentido podemos ver, entre otros, los artículos 527, 1.451, 1.669, 1.741 y 1.768 del Código civil.

3. *La conversión en sentido estricto o genuina* implica un cambio en el tipo de negocio para poner a salvo la validez de lo realizado cuando no hay un mandato expreso de la ley.

En cualquier caso, no todos los negocios son susceptibles de conversión, de esta forma, no lo son aquellos casos en que el negocio original es contrario a la ley, la moral o el orden público. Además, se requiere que entre el negocio base y el sustitutivo haya un denominador común, de orden sustancial, que proporcione una correspondencia o congruencia recíproca entre ambos. Debe tenerse en cuenta, también, que, desde el punto de vista subjetivo, es necesario que los contratantes ignoraran la nulidad del contrato tal y como lo otorgaban y que no hubiesen prohibido expresamente la conversión.

B) ANULABILIDAD.

a) En general.

Consiste la anulabilidad en la atribución de la posibilidad de optar entre la impugnación del negocio jurídico o su confirmación, toda vez que el mero hecho de declararlo nulo como única posibilidad podría ir contra los intereses de la persona perjudicada⁶⁵, tal y como recoge DE CASTRO⁶⁶, por cuanto el negocio pudiese resultarle beneficioso, en caso de mantenerse. DÍEZ-PICAZO⁶⁷ la define como un

⁶⁵ Su origen histórico emparenta la anulabilidad con la “*restitutio in integrum*” del Derecho romano, como remedio procesal de derecho pretorio para privar de algunos efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el “*ius civile*”.

⁶⁶ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 497.

⁶⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 592.

medio jurídico puesto por la ley a disposición de ciertas personas para facilitar la protección de determinados intereses que se consideran dignos de la tutela jurídica, de manera que se deja al arbitrio de dichas personas la decisión final en torno a si el contrato va a ser válido o no.

Es, por tanto, la anulabilidad⁶⁸, una clase de invalidez dirigida a la protección de un sujeto concreto, normalmente una de las partes del contrato, de tal forma que él y sólo él puedan ejercer dicha acción, y que, a la vez, ese mismo sujeto de protección, pueda optar por convalidar el contrato mediante la confirmación del mismo.

En cuanto al esquema de la anulabilidad, se han elaborado diferentes tesis:

1. La que considera el contrato anulable como un contrato válido y eficaz “*ex uno latere*” e inválido e ineficaz “*ex altero latere*”. Es la formulación más antigua, y tiene su origen en las fuentes romanas⁶⁹, para aquellos casos en que los contratos eran celebrados por personas sujetas a tutela sin la autorización del tutor. Esta forma de entender la nulidad puede explicar parcialmente la fase de provisionalidad, pero deja por completo en la penumbra el modo de producción de la situación definitiva y de sus correspondientes consecuencias.

2. La del carácter constitutivo de la acción de anulación y de la sentencia que en el pleito iniciado por tal acción recaiga. En este caso estaríamos ante una ineficacia estructural y provocada.

3. La tesis del carácter declarativo de la acción de anulación.

⁶⁸ Así lo recogía la STS de 27 de Noviembre de 1.998.

⁶⁹ Viene recogido, por ejemplo en Instituciones (1, 21), donde se recoge: “*qui cum pupillis contrahunt, obligantur; invicem pupilli non obligantur*”; o en el Digesto (18, 1, 29), que recoge: “*Ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*”

4. La tesis de la doble acción, que establece que en la anulabilidad concurren la acción declarativa de la nulidad y la acción restitutoria de las prestaciones ejecutadas. Tesis que no parece que tenga acogida en nuestro Código civil, y que es más propia de aquellos ordenamientos en los que tras la anulación se da al favorecido la *“condictio”* de enriquecimiento.

A la vista de todo ello, parece más razonable decantarse por la tesis de una anulabilidad estructural, al ser aplicada por el ordenamiento jurídico como una consecuencia de un defecto o vicio que se produce en el momento de construcción del contrato, y provocada, porque el ordenamiento le atribuye a la persona especialmente protegida un poder jurídico dirigido, precisamente, a pedir la anulación o a impugnar el contrato.

El Código civil recoge la anulabilidad, en lo que a los contratos se refiere, en los artículos 1.300 a 1.314.

La figura de la anulabilidad no encuentra su base ni en la voluntad de las partes, cualquiera que sea su manifestación, ni en las normas sancionatorias propiamente dichas. Al tratarse de negocios hechos por personas incapaces o con un consentimiento viciado, son contrarios a la ley, aunque dicha oposición a la ley, como hemos avanzado, no lleva directa e inevitablemente a que dichos negocios sean declarados. Esto deriva no sólo por el influjo de los antecedentes históricos⁷⁰,

⁷⁰ Ya en el Derecho romano, como hemos visto, se recogieron supuestos en los que el perjudicado gozaba de la facultad de impugnar el acto, así pueden destacarse: la *“restitutio in integrum”* y las excepciones en favor de quienes consintieron por miedo o dolo, la *“restitutio”* y la *“exceptio legis Plaetoria”* en beneficio de los menores, y también el sistema de los *“negotia claudicantia”*, para el amparo de los pupilos. El Derecho común también distingue entre los actos nulos y los rescindibles. Las Partidas recogen que la venta hecha por miedo o por fuerza *“debe ser desfecha”* (P. 5, 5, 56), y los autores suelen señalar que la nulidad establecida a favor de alguien viene con la condición tácita de que se dará si quiere aquel en cuyo beneficio se anula.

La distinción moderna parece traer causa de la sistematización realizada por DOMAT, que distingue entre los convenios nulos de origen y aquellos viciados en sus caracteres esenciales (falta de capacidad, error fuerza, dolo, ilicitud), los que se anulan “si el que lo sufre así lo desea”. El Código civil francés lo recoge en sus artículos 1.117 y 1.304.

La Codificación Española difiere un tanto de este modelo, y así distingue en el Proyecto de 1.851 las figuras de la nulidad (art. 1.184) y de la rescisión (art. 1.165); lo que viene justificado por la crítica realizada al Código francés por su imprecisión de lenguaje y por no regular la nulidad aparte de “la rescisión de las obligaciones válidas”. El

sino toda vez que con la figura de la anulabilidad quedan mejor protegidos los intereses de los incapaces y de aquellas personas que ven viciado su consentimiento, ya que el sistema de la nulidad absoluta podría perjudicarles en el caso de que pese al vicio en la voluntad o la incapacidad el negocio en cuestión pudiese resultarles beneficioso.

En este sentido el negocio anulable puede encontrarse en las siguientes situaciones: a) desde su perfeccionamiento hasta su cumplimiento: el negocio tiene la condición de viciado y sanable mediante la confirmación, sin lugar aún a la acción restitutoria; b) desde la consumación del negocio hasta la caducidad de la acción restitutoria (cuatro años en el caso de los contratos, tal y como establece el artículo 1.301 del Código civil), el negocio tiene la condición de viciado, sanable por la confirmación, periodo en el que cabe el ejercicio de la acción restitutoria; c) desde la impugnación eficaz, el negocio queda declarado nulo; en el caso de que sea confirmado, el negocio queda sanado “*in radice*”, es decir, que adquiere la condición de válido desde su celebración.

En cuanto a los negocios a que puede aplicarse la anulabilidad, dejaremos este estudio para capítulos posteriores, al hablar de la posible aplicación de esta categoría al testamento.

b) Causas.

Las causas de anulabilidad de los contratos son, esencialmente, las recogidas en el artículo 1.301 del Código civil, ya que, en cuanto a los vicios que la originan, parece que la regulación recogida en el citado artículo 1.301 es exhaustiva⁷¹.

Código civil seguirá el citado Proyecto, dedicando el capítulo V del título “De los contratos” a la rescisión y el VI a la nulidad de los contratos, con una mejor y más clara contraposición de anulabilidad y nulidad (art. 1.300). Todo ello tal y como lo recoge DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 498. Esta diferenciación de regulación no es tan clara en el caso de los testamentos, como veremos, donde todo lo referente a revocación e ineficacia viene regulado en una misma sección del Código civil.

⁷¹ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 500.

El citado artículo⁷², recoge como causas de nulidad: los vicios del consentimiento, falsedad de la causa, los celebrados por menores e incapaces y los celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este fuera necesario.

Es discutida la aplicación de la anulabilidad en los casos de error obstativo y de violencia. Lo mismo ocurre en los casos de incapacidad de entender y de querer en aquellas personas mayores de edad no incapacitadas.

En cualquier caso, y pese al carácter excepcional de los supuestos de anulabilidad, queda abierta la puerta a si este sistema de la anulabilidad es aplicable a otros supuestos distintos a los recogidos en el articulado anteriormente reseñado o no. No parece que tenga sentido, respetando el carácter excepcional, impedir que fuera de lo regulado por los artículos 1.300 y siguientes del Código civil no se admitiese la anulabilidad en aquellos casos en que la finalidad perseguida así lo exija⁷³. En esta línea, parece que hay una tendencia expansiva de la aplicación de la anulabilidad como régimen de invalidez de los contratos en materias disponibles (art. 18 Ley Sobre Propiedad Horizontal, art. 31 de la Ley de Cooperativas o art. 112 de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

La nueva redacción del Código civil recogida en la Propuesta de modernización del mismo de la Comisión General de Codificación de 2.009, a la que ya hemos hecho referencia, recoge estas causas de una forma más extensiva, al dedicarle los artículos 1.297 a 1.303.

⁷² Artículo 1.301: “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.”

⁷³ La STS de 29 de Enero de 1.983, aplica la anulabilidad a la venta de participaciones en una sociedad regular colectiva sin comunicarlo a los administradores de la misma contra lo dispuesto en el artículo 20 de la antigua Ley de 17 de Julio de 1.953, que lo calificaba como nulo. Establece la citada sentencia que el término “vicios que lo invaliden” recogido en el artículo 1.300 del Código civil no puede limitarse a los recogidos en el artículo 1.265 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a los negocios a que puede aplicarse, dejaremos este estudio para capítulos posteriores, al hablar de la posible aplicación de esta categoría al testamento.

c) Acción de anulabilidad.

La acción de anulabilidad tiene sus caracteres propios, que la diferencian de la acción de nulidad, al podérsela considerar como una acción doble, que no requiere de un perjuicio previo del actor y que depende en su ejercicio de la voluntad del actor o protegido por la ley.

- ***El carácter doble de la acción***, tiene su origen en que la misma se concibe como una acción declarativa, encaminada a obtener la declaración judicial de que el negocio ya desde su origen surgió con un vicio, el cual sigue teniendo en la actualidad y que éste es determinante de su nulidad, y la acción restitutoria, que obligaría a las partes a devolverse recíprocamente aquello obtenido en virtud del negocio anulado. Debe destacarse el carácter esencial de la primera, pues es precisamente de ésta de la que deriva, posteriormente, la posibilidad de la restitución, lo que en la práctica no lleva a que deba obtenerse primero una para poderse ejercer la segunda, sino que, en la realidad procesal, ambas vertientes se ejercen de forma conjunta en un mismo procedimiento⁷⁴.

- ***La no necesidad de perjuicio***, tiene esencialmente una razón práctica, potenciándose la protección del incapaz o aquel que sufre el vicio, al que se le permite el ejercicio de la acción a su conveniencia, evitando así la carga de probar el perjuicio que hubiese recibido.

- ***El ejercicio por la voluntad del protegido por la ley***, atribuye a la acción un cierto carácter personal, tratándose más de una facultad que de un

⁷⁴ Con anterioridad se distinguían no sólo las acciones, sino también los procedimientos, existiendo el “*iudicium rescindere*”, por el que se declaraba rescindido lo convenido al concurrir algún vicio en el negocio, y el “*iudicium seu remedium rescissorium*”, por el que se lograba la restitución de lo entregado.

verdadero Derecho subjetivo, al entenderse que la anulación y la confirmación (las dos caras de esta facultad) suponen la desaparición o la supervivencia, según se opte por una u otra, de un conjunto de obligaciones y cargas, y, a la vez, de derechos y facultades.

Como es lógico, podrán ejercitar esta acción (legitimación activa) tanto los obligados principal como subsidiariamente, no podrán, por el contrario, ejercerla aquellas personas que contrataron con el incapaz (siempre y cuando fundamenten la nulidad, precisamente, en esta incapacidad), ni aquellos que provocaron el vicio, tal y como lo recoge el artículo 1.302 del Código civil⁷⁵, en el ámbito de los contratos. En esta misma línea, y de forma consecuente, la acción habrá de dirigirse (legitimación pasiva) contra la otra parte del negocio o sus causahabientes⁷⁶, así como contra los terceros que resultasen afectados por sus consecuencias⁷⁷.

⁷⁵ Artículo 1.302: “Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.”

⁷⁶ La STS de 5 de Junio de 2.001 recoge la doctrina jurisprudencial a este respecto y establece: “(sentencia de 9 Nov. 1965-- y con referencia al nacimiento y extinción de los contratos --sentencias de 20 Oct. 1961, 23 Nov. 1964, 13 Abr. 1966 y 15 Nov. 1975- que señala, con relación a la nulidad de los contratos, deben estar en juicio todos los otorgantes --sentencia de 4 Dic. 1978-especificando que en las acciones de nacimiento y de extinción han de figurar como demandantes o demandados quienes han sido partes en el contrato --sentencia de 22 Dic. 1978, 24 Feb. 1983, 28 Mar. 1984, 9 Mar. 1985, 23 Ene. 1986 y 22 Jun. 1987”.

⁷⁷ A este respecto podemos destacar lo dicho por la STS de 4 de Diciembre de 1.997, conforme a la cual: “En atención a que la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala en torno a la institución del “litis consorcio necesario” cabe resumirla en el sentido de que dicha figura “se encuentra regida por el principio fundamental de quedar obligados los Tribunales a cuidar que el litigio se ventile con la presencia en juicio de quienes puedan resultar afectados por el fallo, con el fin de evitar la posibilidad de fallos contradictorios y el quebrantamiento del principio de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, dado que la veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico procesal, requiere la integración en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor”. En esta línea, también cabe citar lo fijado por la STS de 21 de Julio de 1.998 que ya se había expresado en el sentido de considerar que, la no interpelación de todos los que como partes contratantes intervinieron en el contrato cuya anulación se pretende, origina la excepción de litisconsorcio pasivo necesario o relación procesal indebidamente constituida. Así, entre otras, las SSTs de 20 de Enero de 1.936, de 7 de Marzo de 1.942, de 26 de Julio de 1.946, de 23 de Enero de 1.988, de 15 de Febrero de 1.999, de 11 de Mayo de 1.999, de 4 de Junio de 1.999, de 28 de Septiembre de 1.999, de 30 de Septiembre de 1.999, de 29 de Enero de 2.000 y de 7 de Febrero de 2.000.

Recientemente, la SAP de Madrid de 23 de Diciembre de 2.008, hace un amplio estudio de la jurisprudencia a este respecto y expone: “Ante el indudable riesgo de que el proceso se desarrolle inútilmente, siendo lógicamente su fin lograr efectuar una declaración eficaz, la jurisprudencia arbitró la apreciación de la impropia «exceptio» de «plurium litisconsortium» o falta de litisconsorcio necesario, fundamentada originalmente en el principio de contradicción “ S.S.T.S. de 10 de enero de 1954, 4 de enero de 1947, 21 de noviembre de 1959, 31 de marzo y 16 de mayo de 1960, 21 de junio de 1984, entre otras ”, estimando que el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído suponía la presencia en el proceso de las personas afectadas por la resolución; conectando este principio

Una vez declarada la nulidad del negocio por sentencia judicial firme, queda reflejada la originaria invalidez del negocio. Tiene dicha anulación eficacia retroactiva (*“ex tunc”*), a la vez que despliega sus efectos destructivos a los títulos y derechos que traen su causa en el negocio anulado (*“resolutio iure dantis, resolvitur et ius accipientis”*), con las salvedades ya mencionadas de los terceros de buena fe. Asimismo, surge la obligación de restituir lo entregado (art. 1.303 del C.c.), no pudiéndose exigir dicha restitución a la otra parte mientras no se haya cumplido con la obligación de restituir uno mismo aquello que recibió (art. 1.308 del C.c.). Existe, en caso de imposibilidad de restituir lo percibido, la obligación de devolver los frutos y el valor de la cosa (art. 1.307 del C.c.), con la excepción, claro está, de que la pérdida de la cosa sea imputable a la culpa o dolo de aquel que pretende su restitución y la del caso de menores incapacitados (art. 1.314 del C.c.).

En cuanto al plazo para ejercer la acción⁷⁸, es de cuatro años tal y como lo recoge el artículo 1.301 del Código civil, aunque existen, no obstante, discrepancias⁷⁹ en si el mismo es de caducidad o de prescripción, aunque parece

con el de la extensión de los efectos de la cosa juzgada a terceros terminó por desplazar a aquél " S.S.T.S., 22 de junio de 1965, 10 de octubre de 1967, 24 de abril de 1990, entre otras ", justificándose al poco tiempo la institución acudiendo a la necesidad de evitar sentencias contradictorias "S.S.T.S. de 22 de mayo de 1960 y 26 de noviembre de 1961, 18 de marzo de 1988, 4 de octubre de 1989, 24 de abril y 23 de octubre de 1990, entre otras ", e incluso a la imposibilidad de la ejecución " S.T.S. 4 de febrero de 1966", pero significativamente siempre en la extensión de los efectos en la cosa juzgada " S.S.T.S. 27 de mayo de 1964, 30 de enero de 1982, 12 de junio de 1984 y 22 de junio de 1987, entre otras"”.

⁷⁸ La nueva Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2.009 pretende reducir este plazo para ejercer la acción de anulación al de caducidad de dos años, tal y como lo recoge en su artículo 1.304.

⁷⁹ Tal y como recoge la SAP de Gerona de 28 de Julio de 2.005: *“En cuanto a si el plazo establecido en el artículo 1301 del Código civil es de prescripción o es de caducidad, ciertamente, la jurisprudencia no es unánime al respecto, sin embargo, las sentencias más modernas se inclinan por considerar que es un plazo de prescripción y no de caducidad, así la sentencia de 1 de febrero del 2.002 señaló que "Lo que resulta decisivo para el rechazo es que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 no ha sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la sentencia de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25-4-1960, 28-3-1965, 28-10-1974, 27-3-1987 y 27-3-1989), al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad." Y la de 27 de febrero de 1997 sentó que "Pero es más, y este es un argumento definitivo, la acción de anulabilidad que en su caso ha esgrimido la parte recurrente, está afectada por el instituto de la prescripción, pues ya se ha recalcado que no se da el caso de una nulidad absoluta, sino el simple ejercicio de una acción de anulabilidad, y hay que declarar que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301.1 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad (SS. 25 abril 1960, 28 mayo 1965, 28 octubre 1974, 27 marzo 1987 y 27 marzo 1989, como las más emblemáticas)". También mantienen las Sentencias más modernas de la Audiencias Provinciales que el plazo establecido en el artículo 1301 no es de caducidad, sino de prescripción (así SS de AP de Toledo de 5/10/2000, de Barcelona de 10/04/2003 y 27/2/2004, AP de Valencia de 2/05/2004).”*

lógico entenderlo como de caducidad, en base al criterio de la seguridad jurídica, que se vería vulnerado en el caso de que el ejercicio de la acción aquí tratada fuese indefinido por sucesivas interrupciones. Transcurrido dicho plazo sin que se haya ejercitado la acción, el negocio jurídico queda sanado, adquiriendo plena validez desde un principio, como si hubiese carecido de vicio alguno.

En cuanto a las reglas para el computo del mismo⁸⁰, se encuentran reguladas también en el artículo 1.301 citado y, muy brevemente, son: a) en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que esta se hubiese producido; b) en los casos de error, dolo o falsedad, desde la consumación del contrato; c) en el caso de menores o incapacitados, desde que el menor adquiere la mayoría de edad o desde que el incapacitado sale de la tutela; d) en las acciones dirigidas a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuese necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes se hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

d) Efectos.

La sentencia que resuelva la acción de anulabilidad o la excepción de anulación pone fin a la fase provisional y determina la eficacia de un contrato que hasta ese momento había tenido una eficacia claudicante.

⁸⁰ En la nueva Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2.009 el plazo empezará a contar:

“– En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.
– En los de error o dolo, y en el caso contemplado en el artículo 1291 de este Código, desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad; y en el del artículo 1301, desde la consumación del contrato.
– Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapaces, sin perjuicio de la legitimación que se concede en el artículo 1297 de este Código a sus representantes legales y a quienes corresponda prestar su asistencia, desde que adquieran o recuperen la capacidad necesaria, y en su defecto desde su muerte.
– Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.”

Indistintamente de que se entienda con carácter declarativo o con carácter constitutivo la acción, ha de entenderse que los efectos de la sentencia que se dicte no deben aplicarse desde ese momento, sino que deben retrotraerse a la fecha de celebración del propio contrato que ahora se anula, es decir, que la citada sentencia tiene efectos “*ex tunc*” y no “*ex nunc*”, ya que la anulación debe suponer, en la medida de lo posible, un retorno de las cosas al ser y al estado que tenían antes de que se celebrase el contrato, de tal forma que debe entenderse, salvo disposición legal en contrario, que toda anulación debe tener efectos retroactivos.

En esta línea, la anulación de un contrato conlleva, inevitablemente, la obligación de restitución de las prestaciones, atribuciones o disposiciones patrimoniales que las partes hubiesen efectuado en virtud del contrato anulado, así como de los frutos e intereses producidos (art. 1.303 del C.c.) y, cuando esto no sea posible, deberá restituirse su equivalente pecuniario (art. 1.307 del C.c.).

La obligación restitutoria es recíproca y de cumplimiento simultáneo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.308 del Código civil.

En cualquier caso, la obligación de restituir no es absoluta, y el propio Código civil establece límites a ésta en los casos de menores e incapaces, que sólo están obligados a restituir en la medida en que hubiesen experimentado un enriquecimiento real (art. 1.304 del C.c.). En estos casos, la carga de la prueba recae sobre el incapaz o su representante legal.

C) LA CONFIRMACIÓN.

Es reflejo de las peculiares características de la figura de la anulación, toda vez que ha quedado en manos del protegido la potestad de decidir si el negocio se anula o sigue vivo, tal y como recoge el artículo 1.309 del Código civil. Con esta facultad se ha estipulado la posibilidad de que dicho sujeto sane el negocio (el artículo 1.312 del Código civil establece que: “*La confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de*

nulidad.”, al hacer que desaparezcan o no sean tenidos en cuenta los vicios de que adoleciera en origen el negocio concreto. Tiene como efectos aquellos que se derivarían de dejar transcurrir el plazo de caducidad anteriormente reseñado sin ejercer la acción de anulación⁸¹. Debe tenerse en cuenta que el que tiene la capacidad de confirmar no necesita, para convalidar el negocio, contar con el beneplácito o consentimiento de la contraparte ni de ningún otro interesado.

En cuanto a la naturaleza de esta figura, se han formulado diversas teorías en la doctrina, en función de la postura de cada autor sobre la validez y eficacia del contrato anulable, las cuales podemos resumir en: 1.- la confirmación como sanción; 2.- la confirmación como acto integrador; 3.- la confirmación como renuncia de la acción de impugnación; 4.- la confirmación como convalidación y 5.- la confirmación como supuesto de hecho complejo de formación sucesiva.

1.- En cuanto a la confirmación como sanción, debe entenderse que la voluntad viciada del contrato anulable es sustituida por otra manifestación de voluntad posterior por parte de quien sufrió el vicio, como si esta segunda se hubiese emitido en el momento de celebración del contrato. De tal forma que la segunda declaración de voluntad sustituye a la primera y transforma en “sano” lo que inicialmente se encontraba “enfermo”.

Esta tesis entiende la invalidez como “estado del acto” y no como forma de tratamiento de la irregularidad, a la vez que explica mal la retroacción de los efectos al momento de celebración del contrato, y se apoya en una ficción, toda vez que, en la realidad, la irregularidad del contrato, como fenómeno empírico, no desaparece realmente en virtud de actos posteriores.

⁸¹ Así: “*confirmare idem esse ac non infirmare*” (D. 2, 1, 6).

2.- La confirmación como acto integrador, desde un punto de vista parecido al anterior⁸², en el caso de que el negocio se considerase incompleto o imperfecto, la confirmación vendría a producir una integración, de tal forma que el contrato pudiese producir los efectos que sin tal integración no hubiese podido alcanzar.

En cuanto a esta teoría, no parece que el contrato anulable pueda ser tratado como incompleto, sino que más bien es un contrato cuyo ciclo de formación está cerrado de forma irregular y, al igual que en el supuesto anterior, tampoco explicaría los efectos retroactivos de la confirmación.

3.- La confirmación entendida como renuncia de la acción de impugnación consiste en la renuncia del derecho potestativo de pedir o demandar la anulación, es una renuncia a la facultad de eliminación de los efectos jurídicos.

4.- La confirmación como convalidación viene a conferir carácter definitivo a la eficacia, que hasta ese momento había sido claudicante y precaria, del contrato anulable. En este caso, la convalidación no borra la irregularidad originaria del contrato, pero suprime su principal consecuencia, que es su sanción jurídica, la invalidez.

5.- La confirmación como supuesto de hecho complejo de formación sucesiva, supone que el acto confirmatorio y el negocio anulable integrarían un supuesto de hecho legal nuevo con efectos propios, que la ley equipararía a un negocio válida y regularmente celebrado.

Los requisitos para que pueda producirse la confirmación vienen recogidos en el artículo 1.261 del Código civil, por remisión expresa del artículo 1.310 del

⁸² En la clasificación ofrecida por DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos del...*, T. I, cit., págs. 602 y ss.) que sigue la de CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*La Confirmación del Contrato Anulable*, Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1.977), establece, también con una visión crítica, las teorías de la sanación y de la integración dentro de una misma categoría.

mismo cuerpo legal, y son los siguientes⁸³: que el negocio adolezca de un vicio sanable, que la causa de la nulidad haya cesado, que la causa de la nulidad sea conocida por quien confirma y que el confirmante tenga capacidad suficiente para dicha confirmación. Es, por tanto, un acto unilateral, que compete únicamente a la persona o personas a las que correspondiere ejercitar la acción de anulación.

En cuanto al alcance de la confirmación, al coincidir la remisión del artículo 1.310, en cuanto a la confirmación, con la del artículo 1.300, en cuanto a la anulabilidad, ambos del Código civil, parece que la conclusión debería ser que la confirmación se limita a los negocios anulables. Aunque discrepa la doctrina a este respecto⁸⁴. Independientemente de estas consideraciones conceptuales, en la práctica, la doctrina es unánime a la hora de dar soluciones a las diferentes cuestiones que se plantean, en base a que el motivo de “nulidad” sea uno u otro.

⁸³ En concreto, el Tribunal Supremo ha declarado que no son confirmables los contratos con causa ilícita, SSTS de 14 de Junio de 1.920, de 16 de Abril de 1.973, de 11 de Diciembre de 1.985, de 11 de Diciembre de 1.986, de 23 de Marzo de 2.009 y de 22 de Abril de 2.010; en los que falte el consentimiento, STS de 4 de Diciembre de 1.904, SAP de Madrid de 1 de Marzo de 2.006 (“...y en todo caso hemos de tener en cuenta el contenido del artículo 1.310 del Código Civil que establece que solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261 esto es consentimiento objeto y causa, y en el presente caso no cabe hablar de un contrato que reúna los requisitos del artículo 1.261, puesto que falta el consentimiento de la actora por ello y en consecuencia no cabe hablar de esa convalidación tácita por la conducta de D^a Diana, independientemente de que tuviera conocimiento de las operaciones que se estaban realizando por su entonces esposo y codemandado D. Inocencio.”), SAP de Santa Cruz de 30 de Marzo de 2.007, SAP de Madrid de 5 de Octubre de 2.009, la recentísima SAP de Alicante de 14 de Febrero de 2.011 (“En el presente caso, en el que en el contrato los intervinientes actuaban en nombre propio, en la medida en que la demandada ni suscribió el contrato ni consintió la venta, estamos ante una nulidad absoluta por falta del consentimiento, por lo que faltando uno de los requisitos del contrato del art. 1261 del CC, los actos posteriores al contrato realizados por la demandada, no pueden producir su confirmación ni expresa ni tácitamente. No estamos ante un vicio del consentimiento, sino ante la inexistencia del mismo.”) o la SAP de Vizcaya de 18 de Febrero de 2.011; los simulados, SSTS de 14 de Junio de 1.920, de 12 de Abril de 1.944, de 16 de Abril de 1.973, de 3 de Octubre de 1.974, de 13 de Abril de 1.988, de 31 de Enero de 1.991 o de 8 de Marzo de 1.997, también, más recientemente la SAP de Tarragona de 19 de Enero de 2.004; los contrarios a la ley, STS de 4 de Enero de 1.947, o, más recientemente, la SAP de Las Palmas de 28 de Julio de 2.005; y aquellos en que media autocontratación, SSTS de 6 de Marzo de 1.902, de 12 de Junio de 2.001, y, más recientemente, SAP de Córdoba de 19 de Marzo de 2.010.

⁸⁴ A favor de la limitación de la confirmación a los negocios anulables únicamente podemos citar a DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del...*, T. I, cit., págs. 603 y ss.), que entiende que para el resto de formas de ineficacia deberían funcionar otras formas de sanación como la convalidación o conversión, la ratificación, etc., al seguir lo dicho por la STS 8 de Marzo de 1.985. En contra de esta limitación, LACRUZ (*Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., pág. 568), que establece que el artículo 1.310 citado no excluye, de por sí, la posibilidad de confirmación de los contratos nulos por ser contrarios a norma prohibitiva, los afectados de ilicitud de la causa o del objeto o los que padecen defecto de forma, cuando tal defecto da lugar a la nulidad absoluta. Y continúa, citando a CLAVERÍA, que la nulidad absoluta de algunos contratos, ya por defecto de forma o por otras causas, puede tener como objetivo la protección de algunos intereses particulares, por lo que entiende que no debería haber obstáculo en admitir la renuncia a la acción para hacerla valer, lo que tendría efectos prácticos, cuando menos, cercanos a la confirmación. En esta línea también, las SSTS de 11 de Diciembre de 1.986 y de 21 de Enero de 2.000.

La confirmación puede ser expresa o tácita, tal y como lo recoge el artículo 1.311 del Código civil⁸⁵. En cuanto a la confirmación expresa, el Código civil no se ocupa en particular de ella, no exigiéndole un contenido concreto, lo esencial es la declaración de querer conferir eficacia definitivamente al contrato anulable. La confirmación tácita, por su parte, tal y como recoge el citado artículo 1.311, se manifiesta a través de hechos concluyentes⁸⁶, de los que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar el negocio anulable.

En cuanto a los efectos de la confirmación esta *"purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración"*, tal y como recoge el artículo 1.313 del Código civil. La consecuencia inmediata de esa purificación no puede ser otra que la extinción de la acción de nulidad, tal y como queda recogido expresamente en el artículo 1.309 del mismo cuerpo legal. Por los mismos motivos, tampoco existe ya acción restitutoria alguna, al haber desaparecido los vicios de que adolecía el contrato. Una vez confirmado el contrato es válido y eficaz desde que se firmó, dado el efecto retroactivo de la confirmación, y sus efectos sanatorios se imponen *"erga omnes"* (los acreedores, en su caso, sólo podrán impugnar la

⁸⁵ En cuanto al consentimiento tácito, la STS de 19 de Diciembre de 1.990 señala que: *"el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (SS 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir dicha aceptación al mero conocimiento, por requerir actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (SS 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963), exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones"*. En el mismo sentido, la STS de 28 de Junio de 1.993. En esta línea también, las SSTS de 27 de Octubre de 1.980, de 29 de Febrero de 2.000, de 21 de Marzo de 2.003 y de 10 de Junio de 2.005 recogen como ni el mero conocimiento implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo aquiescencia, pues el silencio puede valer como declaración de voluntad, salvo que pudiendo haber hablado o manifestado su disenso, no lo hubiese hecho.

⁸⁶ Algunos de los hechos concluyentes admitidos son: a) cumplimiento del contrato por el legitimado para hacer valer la anulabilidad, el cual es el modo más claro de confirmación tácita y puede ser tanto total como parcial, o, incluso, bastará con el simple ofrecimiento de pago, la consignación, la dación en pago (a este respecto pueden citarse las SSTS de 26 de Diciembre de 1.944 y de 15 de Abril de 1.971 o la SAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2.005) o el pacto de prórroga para escriturar (en esta línea, la STS de 10 de Abril de 1.976, y posteriormente lo recogen las diversas Audiencias Provinciales en: SAP de Alicante de 27 de Mayo de 2.005, SAP de Madrid de 23 de Enero de 2.009, SAP de Madrid de 26 de Febrero de 2.009 y SAP de Madrid de 16 de Junio de 2.010); b) el hecho de recibir la prestación de la otra parte, de exigirla por vía judicial o extrajudicial, o de beneficiarse de dicha prestación (así, SSTS de 3 de Julio de 1.923, de 14 de Marzo de 1.927, de 10 de Marzo de 1.956, de 8 de Marzo de 1.989 y de 4 de Julio de 1.991); c) la realización de actos que imposibiliten restablecer la situación a su estado original, como la disposición de la cosa recibida, su utilización, transformación, consumo o destrucción (SSTs de 3 de Julio de 1.923 y de 21 de Mayo de 1.940); d) la novación, oposición a la excepción de compensación o condonación; e) la renuncia a la restitución del bien ofrecido por la otra parte contratante; f) actos de reproducción del contrato anulable, o tendentes a facilitar su interpretación o su ejecución; g) la petición de plazo para pagar; o h) la constitución de garantías.

confirmación por fraude).

III. PROBLEMÁTICA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA.

En relación con las figuras anteriores, una parte de la doctrina admite la figura conocida como inexistencia, que tiene una cierta semejanza con la nulidad absoluta, aunque no debe confundirse con esta.

Esta diferenciación, aunque ha sido objeto de críticas, es conceptualmente legítima⁸⁷. Hay negocios en los que no existe más que una vacía apariencia, que si bien ha podido generar en alguna de las partes o interesados la impresión de que el negocio se ha verificado, no produce, en absoluto, efectos jurídicos, ni tan siquiera de carácter negativo o divergente. El negocio nulo, como hemos visto, necesita, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho, es decir, que haya una figura exterior de sus elementos, en principio, capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque dicha figura en una aproximación más exhaustiva devenga inconsistente por cualquiera de los motivos estudiados.

El especial interés⁸⁸ de este término deriva de que su introducción en el ámbito jurídico se debe a una necesidad práctica. Trae su causa de la doctrina francesa⁸⁹ antigua, en la que se había consolidado la regla de “*pas de nullité sans texte*”, que parece tener su origen en que sólo una disposición del Reino podía originar la nulidad de un negocio o acto. La nulidad era considerada como una pena

⁸⁷ Vid. BETTI, *Teoría General del...*, cit., págs. 408 y ss., y los ejemplos allí citados. VALVERDE, C. (*Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1.935, págs. 147 y ss.), por su parte, recoge que nulidad equivale a inexistencia, sin diferenciar, por tanto ambas figuras, ya que: 1.- El Código civil no reconoce tal distinción ni admite distintos efectos al testamento nulo del artículo 673 o del artículo 687; 2.- que de haber querido el legislador establecer tal diferencia lo hubiera recogido de forma clara, tal y como hizo en materia contractual; 3.- que si el testamento es un acto formal y solemne, la voluntad expresada de otra forma no tiene valor alguno ante la ley, ya que la forma es esencial.

⁸⁸ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., págs. 463 y ss.

⁸⁹ En esta misma línea se expresa COHENDY, G., *Des Intérêts de la Distinction Entre L'existence et la Nullité d'Ordre Public*, en RTDC, 1.914, págs. 14 y ss.

que, por tanto, no podía ser impuesta por una disposición del Derecho romano o común en los territorios de costumbre. Dicha situación, tras la publicación del Código civil francés se encontró con el problema de si era válido el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual no podía ser calificado de nulo, al no venir dicha calificación establecida en precepto legal alguno, lo que llevo a calificarlo, a fin de solventar dicha dificultad, como *“matrimonium non existens”*⁹⁰, criterio que vendrá aplicándose desde entonces en aquellos supuestos en que se dé una falta de consentimiento en los contratos y, con posterioridad, de forma general, ante la carencia de requisitos esenciales.

El nombre de inexistencia fue adoptado más tarde por nuestro ordenamiento para definir aquellos casos más radicales de invalidez, de tal forma que se veía como una modalidad de ella o una clasificación junto a ella.

Para que haya inexistencia jurídica, pese a lo que de su nombre podría inferirse literalmente, es preciso que, de hecho, exista algo, pues de otra forma la determinación de los objetos sería imposible, lo que provocaría la pérdida de la razón de ser de la inexistencia, incluso en su sentido negativo, lo que la dejaría en una inexistencia de hecho y no de Derecho.

Con estos puntos de partida, podríamos definir la inexistencia de un negocio como aquella en la que faltan los elementos⁹¹ que representan o implican la naturaleza o esencia de este negocio, de modo que en su esencia es precisamente inconcebible, es decir, que es imposible la identificación del citado negocio. Dicha imposibilidad de concebir el negocio debe ser de tal magnitud que quede patente

⁹⁰ Para DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 561), el concepto de inexistencia así diseñado carecería de utilidad, ya que la inexistencia no produciría unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas derivadas de la nulidad radical y absoluta; y de necesidad, ya que realmente no es necesario que la nulidad esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del derecho.

⁹¹ El artículo 1.261 del Código civil recoge este principio cuando regula que: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.- Consentimiento de los contratantes. 2.- Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.- Causa de la obligación que se establezca.”*

incluso al prescindir de las normas del propio Derecho positivo⁹². El negocio inexistente, a diferencia del nulo, no puede ni tan siquiera concebirse como supuesto de hecho, no existe, no hallándose ni siquiera la carcasa que pudiera revestir la apariencia de dicho negocio, ni tan siquiera podrían aparentar existir, no ya el negocio, sino sus elementos esenciales, siendo por tanto un “no negocio”.

La doctrina que admite esta figura la afronta desde una doble perspectiva: una extrínseca y otra intrínseca⁹³.

En cuanto a la perspectiva extrínseca, la situación del negocio jurídico inexistente se describe como inexistencia material, en contraposición a la inexistencia jurídica, que se conoce como nulidad. Este criterio parece que tiene su fundamento en una base empírica. En este sentido, afirmar que algo es inexistente es hacer una definición extra-jurídica, mientras que la definición de nulidad es pura y llanamente jurídica, toda vez que implica una relación entre un hecho concreto y una norma; así la sistemática de la inexistencia como categoría autónoma, caracterizada tal y como la hemos descrito, y esencialmente, por la mera presencia material, representa una corriente doctrinal que antepone el estudio del negocio bajo el prisma social al jurídico.

En cuanto a la perspectiva intrínseca nos encontramos aún con mayores problemas⁹⁴ a la hora de intentar definir el negocio inexistente en contraposición al

⁹² Si se tuviesen en cuenta los elementos exigidos por cada ordenamiento se correría el riesgo de destruir la imposibilidad de concebir el negocio como ente receptor de la nota característica de la inexistencia, y también, por último, se arriesgaría ampliar su campo hasta absorber los casos de nulidad absoluta. Vid. CARIOTA-FERRARA, L. *El Negocio Jurídico*, traducción de ALBADALEJO, Ediciones Aguilar, Madrid, 1.956, pág. 276. Que recoge como ejemplos de negocio inexistente: el contrato para el cual se ha realizado la declaración de voluntad de una sola parte, y la de la otra ya no puede tener lugar, así como el matrimonio realizado sin la presencia de la persona con potestad para officiarlo, como lo es el resultante de la declaración de voluntad de uno de los contrayentes.

⁹³ Así lo recogen ampliamente COVIELLO, N., *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Editorial S.E.L., Milán, 1.934; FERRARI, S., *Inesistenza e Nullità del Negozio Giuridico*, en RTDPC, 1.958, pág. 514; y FEDELE, A., *L'Invalidità del Negozio Giuridico di Diritto Privato*, Unione Tipografiche Editrice, Turín, 1.943, pág. 14.

⁹⁴ Esta vertiente tiene como mayor exponente a SCOGNAMIGLIO, R. (*Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.992, págs. 79 y ss.) y es seguida por autores como FERRARI, ob. cit. loc. en nota anterior.

nulo. En esta línea habría que intentar diferenciar la ausencia de los elementos esenciales del negocio, cuya ausencia impediría la identificación jurídica del supuesto de hecho, encontrándonos ante casos de inexistencia, de la ausencia de aquellos otros elementos cuya omisión no impide la identificación del negocio, casos estos de nulidad⁹⁵.

Como es obvio, la delimitación de la línea divisoria entre esta figura y las afines no es siempre sencilla. No deben confundirse los negocios inexistentes ni con aquellos otros negocios que aún no se han formado, pero que pueden llegar a formarse, como pueden ser los negocios incompletos, ni hay que confundirlos⁹⁶ con los que aún careciendo de los requisitos o elementos esenciales recogidos en la ley son solamente nulos y no inexistentes, como podrían ser aquellos que carecen de consentimiento, causa, objeto (o forma exigida en determinados supuestos).

DE CASTRO⁹⁷ califica el negocio inexistente (*“negotium non existens”* o *“Nichtrechtsgeschäft”*) como aquel en que la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio; mientras que la nulidad se daría de una prohibición o requisito negativo, contrario, por tanto, a la validez; comparando el negocio inexistente con un fantasma y el nulo con el nacido ya muerto.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO⁹⁸ califica la inexistencia como la primera y la más radical forma de ineficacia, dado que lo más grave que le puede pasar a un contrato es, precisamente, no existir siquiera.

Frente a estas posturas se ha defendido, como hemos visto, la calificación de la

⁹⁵ Vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción española de LUNA SERRANO, en RDP, Madrid, 1.964, pág. 219. De igual modo se expresa CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pág. 31.

⁹⁶ Vid. VON TUHR, A. *Tratado de las Obligaciones*, traducción española de ROCES. Editorial REUS, Madrid, 1.934, pág. 274.

⁹⁷ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 464.

⁹⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I. cit., pág. 561.

inexistencia como aquella que se da cuando la falta de un requisito sea de tal magnitud que impida la propia identificación del negocio, que haga “inconcebible el negocio” o que impida que se dé “el concepto de negocio”.

Asimismo, debe decirse que intentar diferenciar entre nulidad absoluta e inexistencia⁹⁹ carecería de sentido si de dicha diferenciación no se derivasen ciertas consecuencias. En esta línea, cabe decirse que el negocio nulo puede producir efectos diversos e incluso convertirse en otro en determinados supuestos, por ejemplo, un testamento cerrado nulo puede valer como testamento ológrafo. No así, en cambio, el negocio inexistente, que por su propia definición y esencia es inconcebible como negocio y carece, por tanto, de supuesto de hecho, lo que impide de pleno su convalidación, el que produzca efectos o que pueda traducirse en otro, al no haber llegado a celebrarse, al contrario que en el ejemplo anterior, un testamento ológrafo no escrito por el propio testador, es inexistente como tal testamento.

Aún cuando se pudiera aceptar la inclusión de la inexistencia como categoría independiente dentro de la teoría general de la invalidez negocial¹⁰⁰, es decir, de los negocios realmente celebrados, debe tenerse muy presente que los ejemplos de este tipo de negocios en lo que al Derecho privado atañe, son escasos, lo que lleva a un mínimo estudio de esta figura por la doctrina. Sus efectos son intercambiables con los negocios nulos de pleno derecho.

⁹⁹ Las construcciones lógico-formales no permiten aclarar la distinción entre inexistencia y nulidad absoluta, por cuanto desde un punto de vista lógico sólo se puede hablar de inexistencia de forma rigurosa cuando nada haya sido llevado a cabo en la realidad, por lo que si nada ha sido realizado carece de sentido toda discusión sobre ello. A la vista de ello, el problema ha tratado de ser resuelto desde un punto de vista jurídico-valorativo, de tal forma que se formula la inexistencia como una proposición del mundo del deber ser, así se entiende que el fenómeno aparecido en la realidad no es un contrato, ni merece por tanto la consideración ni la calificación de contrato. Aunque de esta forma tampoco se llega a distinguir claramente el concepto de inexistencia del de nulidad, ya que nulo (de “*ne-ullus*”) como calificativo lleva aparejada la misma idea, “*nullum esse negotium*” significa en puridad que no hay ningún negocio o que lo que hay no puede valorarse como tal negocio. A este respecto vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de...*, T. I, cit., pág. 562.

¹⁰⁰ Tal y como recogía la STS de 18 de Diciembre de 1.981, al establecer que la invalidez “*tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley*”; y que dicha categoría encierra tres variantes, de tal modo que los actos inválidos podían ser “*inexistentes*” (“*que están faltos de un elemento constitutivo y no responden a su propia definición*”), “*nulos de pleno derecho*” (“*que dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público*”) o “*anulables*” (“*han sido concluidos bajo uno de los vicios del consentimiento tomados en consideración por la ley*”).

LACRUZ¹⁰¹ considera que las premisas anteriormente reseñadas, si bien son ciertas, no tienen entidad suficiente como para establecer la inexistencia como categoría independiente de la nulidad, sino que tan sólo obligan a matizar ciertas diferencias entre los diversos negocios nulos. De tal forma que considera la inexistencia no como una categoría dogmática, sino como un simple instrumento dialéctico, útil en algunos casos para forzar los límites propios de la figura de la nulidad.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO¹⁰², sigue a DE CASTRO, y considera que el hecho de mantener la figura de la inexistencia se debe, más que a razones de carácter teórico, a motivos de orden práctico. Este efecto práctico¹⁰³ se ha reflejado en el pasado, y es de prever que también se dé en el futuro, cuando ante una conducta anómala surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio carente de algún requisito no previsto expresamente en la ley, aunque implícito y no nombrado, precisamente, por su evidencia, se acude, en la práctica, a la calificación de inexistente, por su natural fuerza expresiva, para acabar así con los prejuicios propios de concesiones estrechas del legalismo y del formalismo. A lo que puede añadirse la necesidad de llenar lagunas propias del ordenamiento legal.

IV. EN LOS PROYECTOS EUROPEOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS.

Si bien el tema central de nuestro trabajo doctoral está referido a la invalidez

¹⁰¹ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 1º, cit., págs. 539 y ss.

En esta misma línea se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo de forma reiterada en cuanto a los negocios simulados en sentencias tales como las de 5 de Marzo de 1.966, de 29 de Abril de 1.986, de 8 de Marzo de 1.994, de 20 de Junio de 1.996 y de 29 de Abril de 1.997.

¹⁰² Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., págs. 562 y ss.

¹⁰³ En la práctica, la jurisprudencia ha recurrido al uso de esta figura para acabar con la confusión originada en torno al artículo 1.301 del Código civil y a la posible aplicación del plazo de caducidad establecido en él a los casos de simulación absoluta y de falta de consentimiento por autocontratación. El tema también jugó un importante papel en relación con la cuestión del llamado contrato putativo.

de la disposición testamentaria, a nuestro entender, tras analizar la nebulosa terminología de la ineficacia e invalidez en el ordenamiento jurídico español, resulta conveniente incluir un breve espacio referido a los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos.

En cuanto a los Proyectos Europeos, en materia de ineficacia e invalidez, nos debemos referir esencialmente a los dos que regulan la materia en su integridad, y que aspiran a convertirse, llegado el día, en un verdadero código vinculante tanto para las partes como para los tribunales a nivel europeo, como son: el Código Europeo de Contratos, conocido también como Anteproyecto de Pavía, cuyo redactor final ha sido G. GANDOLFI¹⁰⁴; y los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que fueron publicados en dos fases distintas, la primera en el año 2.000 y la segunda en el año 2.003, por la Comisión Lando¹⁰⁵.

Dada su extensión y complejidad, que excede del presente trabajo, nos limitaremos a una sucinta aproximación¹⁰⁶ a los mismos, y dejamos abierta la vía para un mayor desarrollo en otros trabajos de investigación.

En cuanto al Código Europeo de Contratos o Anteproyecto de Pavía, la materia aparece regulada por primera vez entre los hechos que dan lugar a la ineficacia del contrato (art. 128.1 del Anteproyecto), tales como la nulidad, la

¹⁰⁴ Vid. GANDOLFI, G., *Code Européen des Contrats*, avant-projet, Livre I, ed. rev. por L. Gatt, Editorial Giuffrè, Milán, 2.004.

¹⁰⁵ Vid. LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Parts I y II, ed. rev. y comb., Editado por Kluwer Law, La Haya-Londres-Boston, 2.000, traducido por BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2.003. La parte III fue publicada por LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R., La Haya, 2.003.

¹⁰⁶ Para una mayor profundidad a este respecto puede consultarse lo dicho, entre otros, por PARRA LUCÁN, M. A., *La Invalidez y la Ineficacia en el Proyecto de Pavía*, en anotaciones españolas al Proyecto de Pavía, Zaragoza, 2.005, pág. 699 y ss.; Díez Pícazo, Roca Trías, E., y Morales Moreno, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Editorial Civitas, Madrid, 2.002, págs. 219 y ss.; o VATTIER FUENZALIDA, C., *Invalidez e Ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos*, dentro de *Coloquio Sobre Invalidez e Ineficacia de los Actos Jurídicos*, Zaragoza, 2.006, págs. 5 y ss.

anulabilidad y la rescisión¹⁰⁷, en el Título XI, bajo el epígrafe “*Otras anomalías del contrato y sus remedios*”.

Dentro de la sección de las anomalías es donde se regulan los regímenes propios de la inexistencia, la nulidad, la caducidad, la anulabilidad y la ineficacia, con otra serie de supuestos variados dado que el estudio de la disciplina de la ineficacia es muy pormenorizado.

Por su parte, la sección de los remedios recoge algunos como la rescisión por lesión (art. 156), la restitución de las prestaciones (art. 160) o la protección de los terceros (art. 161), con una marcada preferencia, en todos los casos, por los remedios extrajudiciales.

Esta diferenciación de la materia en las citadas dos secciones puede dar a entender una preferencia de fondo por la figura de la ineficacia, conforme al modelo de la inexigibilidad (“*enforceability*”) adoptado por el “*Contract Code*” de H. MCGREGOR¹⁰⁸, en lugar del sistema de la invalidez¹⁰⁹.

Por otro lado, no puede dejarse pasar el hecho, puesto de relieve por nuestra doctrina, de que la sistemática del Anteproyecto de Pavía produce ciertas incoherencias y desajustes formales.

¹⁰⁷ El propio artículo 128.1 recoge como otros hechos extintivos que producen la ineficacia de los contratos: el incumplimiento, la condición resolutoria, el término final, la muerte o incapacidad, la novación, el desistimiento, la retractación y la resolución por incumplimiento. Por su parte, el citado artículo 128 en su apartado 3 recoge como hechos que extinguen las obligaciones surgidas del contrato: el cumplimiento, la novación (al igual que en el caso anterior), la remisión, la renuncia tácita, la compensación, la confusión y la pérdida o la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

¹⁰⁸ Vid. GANDOLFI, *Code Européen...*, cit., pág. 394.

En cuanto al citado modelo, vid. MCGREGOR, H.: *Contract Code*, traducción de DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. y VATTIER FUENZALIDA, C., Editorial Bosch, Barcelona, 1.997, págs. 151 y 152.

¹⁰⁹ Para DE LOS MOZOS, J. L. (*Anomalías del Contrato y sus Remedios: Inexistencia, Nulidad y Anulabilidad en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ahora en *Estudios Sobre Derecho de Contratos, Integración Europea y Codificación*, Madrid, 2.005, págs. 244 y 245) esta originalidad tiene su razón de ser en un intento de llevar a cabo una real integración europea del Derecho de contratos, a la vez que representa, para el citado autor, un claro perfeccionamiento técnico, al adecuarse a la realidad y acoger las soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Así las cosas, deben destacarse dos novedades del Anteproyecto de Pavía. La primera es que acoja la inexistencia contractual dentro del ámbito de la ineficacia, como un supuesto más de ésta, con un régimen definido, así como que el dolo pierda su personalidad propia y sea asimilado al error provocado. La segunda, es una regla implícita de igualdad entre las anomalías.

En lo que a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se refiere, también son innovadores en esta materia, ofreciendo una disciplina completa de la nulidad, la anulabilidad y la ineficacia, con excepción de la incapacidad de los contratantes.

Obviamente, entre ambos textos existen puntos divergentes, esencialmente en las materias que cada texto regula de forma exclusiva (inexistencia del contrato, incapacidad o imposibilidad originaria), y convergentes (vicios de la voluntad o los principales mecanismos de subsanación).

A) INEXISTENCIA.

Según el Anteproyecto de Pavía podemos entender por inexistencia la anomalía que afecta a la estructura del contrato y que tiene lugar cuando un hecho, acto o declaración son reconocibles externamente pero no identificables socialmente como un contrato (art. 137.1). Es una anomalía que, además, de eliminar cualquier efecto (salvo restituciones recíprocas y reparación del daño), se configura como insubsanable, imprescriptible y susceptible de ejercicio tanto judicial como extrajudicial (art. 138).

De esta forma, se otorga a la inexistencia un régimen propio, sin que se confunda con la nulidad, recogéndola directa y expresamente en el plano normativo, como hemos dicho, con un régimen definido y específico¹¹⁰.

¹¹⁰ En contraposición a como se había entendido la inexistencia en nuestro ordenamiento, como una categoría racional o lógica, o un mero supuesto de hecho, sin un régimen definido. En este sentido se puede ver lo dicho por DE LOS MOZOS, *La Inexistencia del Negocio Jurídico y la Nulidad de los Actos Jurídicos*, en RGLJ, 1.960, y

Dentro de este régimen propio, el Anteproyecto de Pavía recoge cuatro hipótesis en las que no se llega a producir el consentimiento y, por lo tanto, habría inexistencia del negocio en cuestión. Dichas cuatro causas son: a) el caso de una oferta o una declaración en la que el destinatario carece de capacidad jurídica (no de obrar, ya que en este caso nos encontraríamos ante un caso de anulabilidad y no de inexistencia), con las excepciones de que se trate de un concebido aún no nacido en tanto y cuanto llegue a nacer o de una persona jurídica mientras no esté debidamente inscrita; b) cuando la oferta es defectuosa, al carecer de objeto o de las indicaciones mínimas necesarias para poder ser aceptada pura y simplemente (art. 13.1); c) en el caso de que la aceptación no se corresponda con la oferta previamente realizada y no se pueda entender esta como una contraoferta eficaz (art. 16.6); d) si la actuación de las partes es incompleta por la falta de algún elemento esencial o de las autorizaciones pertinentes y no admite conversión ni ulterior integración (art. 137.2).

En esta línea también se recoge un supuesto de inexistencia parcial, en los supuestos de “*caviardage*” o tachadura, en los que no se incorporan al contrato aquellas cláusulas o expresiones que en virtud de la ley se tienen por no puestas (art. 139).

Lo que es evidente, es que, en cuanto al fondo, estas causas no coinciden con las tradicionales de la inexistencia, y en cuanto a la naturaleza, se ha pensado que la enumeración es ejemplificativa, aún cuando parece ser taxativa, no sólo por la índole estricta de sus causas, sino por la excepcionalidad de la figura. El propio Anteproyecto de Pavía proclama que en caso de duda se estimará que no hay inexistencia sino nulidad (art. 137.3).

ahora en *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1.987, págs. 91 y ss. y 555 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A., *Nulidad, Anulabilidad e Inexistencia. (El Sistema de las nulidades en un Código Latino Situado Entre la Primera y la Segunda Codificación)*, en *Centenario del Código Civil (1.889-1.989)*, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.990, págs. 935 y ss.; y PASQUAU LIAÑO, M., “*Nulidad y Anulabilidad del Contrato*”, Editorial Civitas, Madrid, 1.997, págs. 164 y ss. Ofrecen una valoración crítica a este respecto DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A., *Las Nulidades de los contratos. En la Teoría y en la Práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005, págs. 42 y ss.

Las consecuencias propias de la inexistencia serían, por tanto: la ausencia de cualquier efecto contractual con carácter retroactivo, salvo la restitución y los daños (que limita sólo a los padecidos por terceros); la no corrección de ningún tipo; y que cualquier interesado puede prevalecerse de ella y actuar siempre como si el contrato no existiera y nunca hubiese existido. En cualquier caso, la pretensión no tiene plazo de prescripción (lo que es una clara excepción a la regla de la prescripción decenal que afecta a todo derecho y acción derivado del contrato, artículo 134.4 y 8) y sólo puede ejercerse en vía judicial tras la frustración del acuerdo extrajudicial (art. 138.2).

A la vista de todo ello, parece que la inexistencia así regulada es una novedad poco relevante¹¹¹, ya que los problemas que trata de afrontar quedarían perfectamente resueltos por las reglas de la formación del consentimiento contractual o por las relativas a la nulidad.

B) IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos establecen la casuística de la imposibilidad originaria de la prestación, a la vez que establecen que el contrato no se invalida por el mero hecho de que en el momento de su celebración la obligación asumida fuera imposible o que una de las partes careciera de la facultad de disposición sobre los bienes objeto del negocio (art. 4.102), de tal forma que establece dos reglas diferenciadas, una sobre la imposibilidad y otra sobre la legitimación.

En cuanto a la imposibilidad¹¹², una parte asume el riesgo de la imposibilidad

¹¹¹ Vid. VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., pág.15.

¹¹² Tiene su origen en una regla anglosajona basada en un caso del siglo XVII, conocido como el caso *Paradine v. Jane* (1.647), según la cual la falta del objeto al tiempo de la celebración del contrato no lo invalida, ni excluye la obligación de resarcir por los daños causados. Regla esta que se mantiene hoy, aunque con numerosas excepciones, como, por ejemplo, el caso del error común.

y carece por ello de la capacidad de impugnar el contrato, más aún, como es posible que el cumplimiento le resulte imposible, deberá responder igualmente por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 9.103).

Este criterio, con todo, se aparta del que impera en los Códigos continentales, incluido el nuestro (arts. 1.272 y 1.460.1 del C.c.), en los que la imposibilidad originaria, por lo menos en su grado de absoluta y total, lleva aparejada la nulidad del negocio jurídico “*ab initio*”. El Anteproyecto de Pavía, por su parte también establece, como los Códigos continentales, que el contenido del contrato ha de ser posible en el momento de su celebración¹¹³ (art. 27), a no ser que esté sometido a condición o término (art. 28), en caso contrario faltaría un elemento esencial del contrato que llevaría aparejada la nulidad del mismo (art. 140.1.c).

C) NULIDAD.

Con una redacción un tanto farragosa, el Anteproyecto de Pavía no se aparta de los cánones normales en cuanto a las causas de la nulidad, que según PARRA LUCÁN¹¹⁴ pueden ser reconducibles a dos: la ilicitud y la falta de los elementos esenciales.

En esta misma línea, el Código Alemán, tras la reforma del 2.002, acogió una regla parecida. Tal y como lo recogen, entre otros, ALBEIZ DOHRMANN, K. J. *Un Nuevo Derecho de Obligaciones. La Reforma 2.002 del BGB*, en ADC, 2.002, págs. 1.133 y ss.; y EBERS, M. *La Nueva Regulación del Incumplimiento Contractual en el BGB, Tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2.002*, en ADC, 2.003, págs. 1.573 y ss.

Entre nuestros autores también se ha entendido este criterio como plausible, entre otros por: DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, ob. cit., págs. 219 y ss.; y RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., XVII.1-B, Editorial Bosch, Madrid, 1.993, pág. 463.

¹¹³ En cualquier caso, el Anteproyecto de Pavía también establece algunas vías que permiten alcanzar una solución semejante a la establecida en Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, como por ejemplo, el caso de que una vez celebrado el contrato resulte que la prestación sea objetivamente imposible de cumplir por causa o causas no imputables al deudor, en dicho supuesto se entenderá que no hay incumplimiento y éste queda liberado, salvo que haya garantizado el resultado, en cuyo caso deberá, únicamente, indemnizar del daño causado al acreedor (art. 97.2). Dicha falta de imputación del cumplimiento puede ser tanto debida a sucesos extraordinarios e imprevisibles que hacen la prestación demasiado onerosa (art. 97.1), como a fuerza mayor (art. 162.1). Y, en el caso de que ambos contratantes desconociesen la imposibilidad de cumplir la prestación en el momento de contratar, cualquiera de las partes podrá anular el contrato y reclamar los daños, encontrándonos en éste caso ante un supuesto de error común.

¹¹⁴ Vid. PARRA LUCÁN, M. A., *La Invalidez y la Ineficacia...*, cit., pág. 718.

Así las cosas, las causas de nulidad, según el Anteproyecto de Pavía, quedan recogidas en cuatro supuestos diferentes: a) los contratos ilegales; b) los contratos sancionados por una norma penal que impide su celebración a las dos partes, los que omiten una autorización administrativa y los que su cumplimiento tiene que ver con una actividad ilícita (quedan a disposición de la parte inocente los remedios del incumplimiento); c) los contratos defectuosos o que carecen de algún contenido esencial (arts. 5.3 y 4); d) los contratos incompletos que no sean inexistentes, no admitan la formación sucesiva o no quepa esperar la producción posterior de los elementos que falten (art. 140).

En cuanto a las consecuencias de la nulidad, son similares a las que establece para la inexistencia, aunque con algunas particularidades.

Así, la responsabilidad por daños se limita igualmente a los terceros, la pretensión de nulidad se puede hacer valer mediante una declaración dirigida a la otra parte en el plazo de diez años y también se puede, dentro del citado plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad. Igualmente recoge que los contratos nulos podrán ser subsanados por confirmación, nulidad parcial o conversión, salvo que estos sean ilegales. Como es evidente, las relaciones o situaciones derivadas de un contrato declarado nulo son inoponibles a terceros (art. 154.1.d).

Por su parte, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, con un régimen más simple, establecen que los contratos son ilegales en dos situaciones: a) por ser contrarios a los principios fundamentales reconocidos en los Estados miembros de la Unión Europea (art. 15.101), principios estos que han de ser comunes a los Estados miembros, ya que los propios de cada Estado se pueden invocar directamente; o b) por ser opuestos a una norma imperativa que consagre la nulidad expresamente (art. 15.102.1), en estos supuestos se requiere, además, que el contrato sea impugnado y que una resolución judicial o arbitral firme declare la nulidad.

En cuanto a los efectos propios de la nulidad, los Principios del Derecho Europeo de Contratos establecen una gran flexibilidad, de tal forma que si una norma imperativa no establece la nulidad, los propios Principios del Derecho Europeo de Contratos establecen que su infracción puede conllevar tanto la eficacia plena, como la parcial, así como la ineficacia o la modificación del contrato (art. 15.102.2). La consecuencia variará de lo apropiado y proporcionado a la infracción cometida, para lo que se deberán tener en cuenta las circunstancias concretas (el fin perseguido con la norma vulnerada, las cualidades personales de las partes, etc., art. 15.102.3).

Lo que no hacen los Principios del Derecho Europeo de Contratos es determinar la manera de hacer valer la nulidad, aunque parece que estas vías pueden ser tanto la judicial como la arbitral, sin llegar a descartar la extrajudicial o negocial, de tal manera que parece, dada la elasticidad de las mismas, que se podrían aplicar las normas de la anulabilidad.

Tras lo visto, parece claro que ambos proyectos convergen, de forma parcial, en cuanto a las causas de la nulidad, esencialmente en lo que se refiere a los contratos contrarios a la ley, y así establecen ambos proyectos que estos son los contrarios al orden público, e incluso coinciden a la hora de determinar las fuentes de las que emanan dichos principios generales.

Por otro lado, los dos proyectos divergen en cuanto a las posibles consecuencias de la nulidad, como hemos visto, el Anteproyecto de Pavía es rígido, mientras que los Principios del Derecho Europeo de Contratos propugnan una mayor flexibilidad en los efectos de la nulidad.

D) ANULABILIDAD.

En lo que a la anulabilidad se refiere, ambos proyectos tienen una postura

conservadora, con pocas novedades. Hablan de que la misma sólo puede ser ejercitada por ciertas causas tasadas¹¹⁵ en la propia norma y únicamente por el contratante legítimo que cumpla con ciertos requisitos.

Los dos proyectos regulan de forma similar tanto los vicios del consentimiento, como la lesión y las cláusulas abusivas, concordando en lo sustancial, como hemos dicho en cuanto al régimen de la anulabilidad. En cambio, sólo el Anteproyecto de Pavía, dado su carácter más rígido, contempla la incapacidad¹¹⁶ y algunos supuestos de ineficacia en sentido estricto, como son los derivados de la voluntad de las partes o de la ley, la inoponibilidad y la simulación.

- ***Vicios del consentimiento.***- Tal y como lo recogen ambos proyectos, podemos decir que, en lo que se refiere al error, ambos establecen cuatro tipos: el error unilateral, el error obstativo, el error provocado y el error común o error bilateral.

Los dos primeros, para ser invalidantes, han de ser esenciales, determinantes,

¹¹⁵ En esta línea también, aunque con un ámbito de aplicación más internacional, parecen encuadrarse los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Estos Principios, si bien expresamente excluyen de su regulación las causas de nulidad, como la falta de capacidad, la inmoralidad o la ilegalidad (art. 3.1), sí recogen tanto algunos supuestos de ineficacia parcial, como por ejemplo el de las cláusulas sorprendentes, es decir aquellas que, aunque son estándar, razonablemente no hubiesen podido ser previstas por la otra parte (art. 2.1.20) o el de las cláusulas estándar que entren en conflicto con cláusulas no estándar (art. 2.1.21), en ambos casos la cláusula no estándar quedará sin eficacia, y permanecerá eficaz el resto del negocio; como diversas causas de anulabilidad, como el error (arts. 3.5 y 3.6), el dolo (art. 3.8), la intimidación (art. 3.9) o la excesiva desproporción (art. 3.10), causas estas que amplían no sólo a que sean provocadas por la contraparte, sino también por cualquier tercero por ésta controlado (art. 3.11).

Por su parte, el Draft Common Frame of Reference sí regula causas de nulidad, como ir contra los principios fundamentales de los Estados miembros o contra normas imperativas de los mismos (arts. 7:301 y 7:302 de la Sección III, del Capítulo VII, del Libro II) y causas de anulabilidad, error, confianza en la errónea información facilitada por la otra parte, fraude, amenazas, abuso de posición dominante, (arts. 7:201, 7:202 y 7:204 a 7:207, respectivamente, de la Sección III, del Capítulo VII, del Libro II; aunque también deja fuera de su regulación la falta de capacidad, art. 7:101), causas estas que podrán ser provocadas o creadas por la contraparte o por un tercero dependiente de ésta (art. 7:208). En cuanto a la nulidad parcial, si bien no regula expresamente esta categoría, sí reconoce la existencia de la misma, como por ejemplo en el artículo 7:102.

¹¹⁶ De esta forma son anulables los contratos celebrados por menor no emancipado, por incapaz sin la asistencia de su representante legal, por el que carece de la capacidad natural para querer o comprender, basta, en estos casos, que dicha carencia se dé en el momento de contratar, y el celebrado por el que no puede manifestar su voluntad por un impedimento físico (sordomudo o analfabeto, por ejemplo); todo ello con el límite de que sólo se producirá la nulación si del contrato se deriva alguna desventaja para el incapaz y no si sólo se producen ventajas para éste (art. 150.1).

imputables, inexcusables con una diligencia media, conocidos o susceptibles de haber sido conocidos, y haber sido asumidos por la parte que los padece. En caso de que, además, la actuación sea negligente o contraria a la buena fe, se producirá la obligación de reparar los daños y perjuicios causados.

El error provocado, además de ser esencial, debe deberse a engaño por la contraparte o un tercero, o a la reticencia de la contraparte, que advierte el error y no lo corrige, en estos casos cabe tanto la rectificación del contrato como la indemnización por los daños y perjuicios causados.

El error bilateral, por su parte, afecta a ambos contratantes, ya sea cuando afecte a la cualidad o existencia de los bienes o cualquier otro hecho o presunción de las partes intervinientes, así como por la imposibilidad sobreviniente de la prestación, y, por tanto, cualquiera de ellos podrá impugnar el negocio.

En cuanto al dolo, el Anteproyecto de Pavía, directamente, lo ha eliminado al no entenderlo necesario en el ordenamiento actual¹¹⁷.

En lo que a la intimidación se refiere, ambos textos mantienen los sistemas clásicos, aunque no regulan la violencia física, de tal manera que se refieren a ella como de amenazas serias y graves que una parte o un tercero hagan sobre el otro contratante, un allegado suyo o un tercero y que éstas le induzcan a celebrar el contrato, siempre que tales amenazas sean antijurídicas y no consistan en anunciar el ejercicio de un derecho, salvo cuando esto último proporcione ventajas injustas (art. 152 del Anteproyecto de Pavía y art. 4.107 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos).

- **Lesión.-** El Anteproyecto de Pavía la contempla como una situación de

¹¹⁷ Vid. GANDOLFI, *Code Européen...*, cit., pág. 399. Donde menciona las observaciones de RAINER, M. según las cuales: “Respecto del dolo, vista su dificultad de definir, considera que sería tal vez mejor aludir al elemento ‘premeditación’, dejando un amplio campo a la doctrina y la jurisprudencia; observa en fin que sería mejor prever tanto el motivo ilícito como el *fraus legis*.”

contenido abusivo del contrato y no como la lesión o perjuicio que sufre un contratante por la actuación del otro. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, por su parte, la recogen dentro de los supuestos que provocan la invalidez del negocio.

En cualquier caso, ambos proyectos conciben esta figura en términos parecidos, y recogen tanto la versión subjetiva, referente al abuso de una situación de confianza, peligro, necesidad, ignorancia, etc.; como la objetiva, referida a la obtención de un beneficio desproporcionado en comparación con el del otro contratante o por un tercero, indistintamente de la cuantía o entidad de éste.

Pese a estas coincidencias, no debe dejarse pasar la notable diferencia referida a los remedios por los que se decanta cada uno de los proyectos, de tal forma que mientras que el Anteproyecto de Pavía se decanta por la rescisión, los Principios del Derecho Europeo de Contratos optan por la anulabilidad. Por otro lado, ambos proyectos coinciden al admitir la adaptación del contrato en base a la buena fe, la lealtad y la equidad (arts. 30.3 y 156.6 del Anteproyecto de Pavía y art. 4.104 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos).

- ***Cláusulas abusivas.***- Los dos proyectos intentan regular esta materia de conformidad con lo establecido en la Directiva comunitaria 1.993/13/CEE¹¹⁸.

El Anteproyecto de Pavía, por su parte, establece estas cláusulas como carentes de efectos (art. 30.5), por lo que las entiende como un supuesto de ineficacia parcial en sentido estricto.

Para los Principios del Derecho Europeo de Contratos estas cláusulas son impugnables cualquiera que sea la condición de los contratantes, es decir, aunque ninguna de las partes sea ni consumidor ni profesional, calificándolas de supuesto

¹¹⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, Sobre las Clausulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores.

de anulación parcial.

- **Anulabilidad.-** En cuanto a la anulabilidad, ambos proyectos admiten dos vías para ejercerla, la judicial y la extrajudicial. Y establecen como consecuencia de su declaración, indistintamente de la vía utilizada, la restitución recíproca de las prestaciones y la obligación de aquel que provocó la causa de anulación de indemnizar por los daños y perjuicios generados.

E) INEFICACIA.

En el Anteproyecto de Pavía, la ineficacia se regula con entidad propia, como una categoría autónoma, con un régimen específico que comprende tres supuestos claramente diferenciados: la ineficacia en sentido estricto, la inoponibilidad y la simulación.

- **Ineficacia en sentido estricto.-** Según el artículo 153, puede surgir de dos supuestos: a) De la voluntad de las partes, ya sea por simulación, condición suspensiva o resolutoria, plazo inicial o final, o la autorización administrativa o de un tercero acordada por los contratantes. En estos casos, al depender de la voluntad de las partes, el posterior acuerdo revocatorio puede dejarlos sin efecto. b) De una disposición legal, como en el caso de que el contrato se haya celebrado de buena fe pero sin la intención de obligarse o cuando se omite una autorización exigida por una norma o su infracción se sanciona con la falta de efectos, en lugar de con la nulidad. Esta regulación, hace suponer que nos encontramos ante una cláusula de cierre, supletoria y residual.

- **Inoponibilidad.-** Se da cuando un contrato es eficaz entre las partes, pero que es ineficaz ante todos o determinados terceros (art. 154). Dentro de este supuesto encuadra los casos de contratos simulados, los contratos que, sin atentar contra el orden público, infringen normas protectoras de determinados sujetos, los contratos en fraude de un acreedor y los contratos expresamente declarados por la ley como inoponibles a terceros. En cuanto al ejercicio de la inoponibilidad, en la

práctica sólo se usa como excepción ante la reclamación que se dirija contra el tercero requerido o demandado.

- ***Simulación.***- Viene recogida en el artículo 155, que establece que la misma puede ser: a) absoluta, en cuyo caso el contrato será ineficaz entre las partes; b) relativa, en cuyo caso será eficaz siempre que reúna los requisitos de forma y fondo propios del contrato disimulado. En cualquier caso, el contrato disimulado es inoponible a terceros. En cuanto a su ejercicio, puede ser por vía judicial o extrajudicial, con una particularidad, que es que en el ramo de prueba se excluyen los testigos y su acreditación tiene que ser necesariamente documental.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO SEGUNDO

REFERENCIAS HISTÓRICAS SOBRE INEFICACIA E INVALIDEZ DEL TESTAMENTO. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

El tema de la nulidad parcial en general y el de la nulidad parcial del testamento en particular no son los temas que gocen de mayor estudio por la doctrina en lo que a su desarrollo histórico se refiere, lo que se deriva, probablemente de que el desarrollo conceptual de esta figura se haya producido con posterioridad, y, haya sido sistematizada por los pandectistas.

I. DERECHO ROMANO Y SU VACILANTE TERMINOLOGÍA.

En el Derecho romano¹¹⁹ más antiguo la muerte del “*pater familias*” suponía la creación de una asociación, “*consortium*”, entre los hijos y la “*uxor in manu*” de éste, asociación cuyo fin era el culto de los dioses domésticos y la explotación de la tierra, y que continuaba con las titularidades del causante¹²⁰. En el caso de que dicha asociación estuviese compuesta por varios hijos se entendía que esta podía dividirse, constituyendo cada uno de los hijos su propia comunidad, quedando todas

¹¹⁹ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., págs. 8 y ss.

¹²⁰ El testamento en el periodo preclásico ya se configura como el instrumento para garantizar la continuidad de la familia, entendida como núcleo social amplio, es decir, no limitado a los vínculos de sangre, y la forma de procurarle un nuevo cabeza de familia tras la desaparición del anterior “*pater familias*” a través de la institución de heredero. En esta línea se puede consultar lo dicho por LISERRE, A., *Formalismos Negoziale e Testamento*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.966, pág. 118; o lo dicho por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, T. II, vol. I, Editorial Civitas, Madrid, 1.984, pág. 962. De esta manera el testamento llegó a ser concebido como un acto de autoridad por el que se transmitía la “*potestas*” sobre la familia, tal y como lo recoge BUSSI, E, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.971, pág. 173.

De la rigidez propia de esta época en materia testamentaria nacieron algunos de los principios fundamentales que regían el sistema hereditario romano y que han llegado a nuestro sistema actual, tal y como lo recoge NÚÑEZ LAGOS, R., *El Derecho Sucesorio Ante la Tradición Española y el Código Civil*, en RGLJ, 1.951, págs. 385 y ss.

dentro de una misma unidad gentilicia conocida como “*consortium*”.

Las Doce Tablas establecen la necesidad del reingreso de estos herederos, o “*sui*”, bajo la autoridad del “*pater*”. En esta misma línea, establecen que son los “*sui*” inmediatos los que sucederán. En consonancia con esto, el “*pater familias*” sólo podía testar libremente en ausencia de “*sui*”, acto de testar que únicamente podía hacerse ante los comicios, y cuyo fin era el de otorgar un heredero a quien no lo tenía, con la intención de evitar la extinción del nombre familiar y del culto de la familia.

Por su parte, el “*heres*” es algo más que un simple sucesor, al ser titular de un derecho de copropiedad latente, que se materializará tras la muerte del “*pater familias*”, de tal forma que en el “*heres sui*” lo que realmente ocurre es que se perpetúa la “*domus*”.

Esta concepción lleva a un crecimiento de las familias continuadas por los herederos domésticos, de tal forma que llega el momento en que los patrimonios no alcanzan para alimentar a todos los comuneros. A fin de solventar los inconvenientes surgidos con esta práctica, a través de la jurisprudencia, se permite usar la institución de un único heredero y con posterioridad se llega a permitir la libre potestad de testar¹²¹, incluso a favor de un extraño.

¹²¹ El testamento de la época clásica (entendido como acto jurídico por el que una persona designa a un heredero, aunque puede contener otras disposiciones, tal y como lo califica SCHULZ, F. (*Derecho Romano Clásico*, traducción española de SANTA CRUZ, Editorial Bosch, Barcelona, 1.960, pág. 228), evoluciona a través de las figuras testamentarias de la “*mancipatio familiae*”, “*testamentum per aes et libram*” y el testamento pretorio, las cuales van suavizando su formalismo y rigidez inicial, dejando paso a la libertad de testar a la vez que introducen en la figura del testamento diferentes disposiciones como las sustituciones, los legados, las manumisiones, etc. En este sentido vid. ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto Romano*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.974, pág. 523.

A esta tendencia de menor rigor formal también ayuda la influencia del testamento militar, más flexible en cuanto a requisitos formales y sustanciales se refiere, lo que, unido a las nuevas formas de testar, hicieron que fuera desapareciendo la obligatoriedad de instituir heredero en los testamentos, concibiéndose estos cada vez más como una simple forma de sucesión en los bienes, es decir, atribuyéndoseles más un contenido meramente patrimonial que la pura transmisión de la jefatura del núcleo familiar, que tiende a desaparecer con los avances económicos y sociales que va sufriendo el pueblo romano con el paso del tiempo. Con respecto a esta evolución de los testamentos vid., entre otros, BUSSI, ob. cit., pág. 139; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.990, págs. 625 y ss.; FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *Autonomía Privada y Testamento en Derecho Común. Contribución al Estudio de las Disposiciones Testamentarias Atípicas*, Editorial Comares, Granada, 1.996, pág. 15; o ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1.951, pág. 15.

Éste cambio lleva a que el testamento ante los comicios, único anteriormente válido, resulte insuficiente, lo que permite que empiece a utilizarse el *“testamentum per aes et libram”*, que pasa de servir solamente para que el *“pater familias”* haga llegar ciertos elementos concretos del caudal, en ausencia de *“sui”*, a personas concretas (*“super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto”*), a permitir al *“pater familias”* nombrar en él a un heredero único. Estos testamentos llevan a que, con posterioridad, todos los testamentos, como requisito para su validez, tengan que contener la institución de heredero y a la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada (*“Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest”*), causas estas que podrían llevar, ya entonces, a la nulidad de los testamentos.

La evolución posterior hace de la sucesión una figura más flexible y compleja, así, por ejemplo, a los *“filii familias”* se les permitirá repudiar la herencia, o la admisión del derecho de determinados parientes, primero, a ser nombrados en el testamento, dando lugar a la legítima formal, y, segundo, a recibir una parte de los bienes del causante, lo que es conocido como legítima material. Figuras estas cuya evolución e incumplimiento en la actualidad pueden dar lugar a causas de nulidad parcial o total del testamento.

No es, por tanto, hasta los romanos cuando se trata por primera vez de una forma relevante tanto del negocio jurídico como de su régimen de nulidad. Legislaciones anteriores como, por ejemplo, el Código de Hammurabi, no hacen mención alguna a esta categoría de la nulidad, ni en su grado de total, ni, obviamente, en su grado de parcial, ni tan siquiera como idea, dado que en el mismo se contempla el castigo como la consecuencia del incumplimiento de las normas de las partes. Castigos que podían ir desde la pérdida de la cosa o el precio a incluso los propios castigos físicos. Valgan a modo de ejemplos¹²²:

“Ley 37: Si uno compra un campo, una huerta o una casa de un oficial o soldado o de un feudatario, su tableta será rota y habrá perdido su

¹²² Vid. LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.986.

dinero. Campo, huerta, casa, volverán a su propietario.”

“Ley 256: Si no puede pagar su obligación, se lo dejará en el campo, con los bueyes (pasará a ser propiedad del dueño y trabajará gratuitamente).”

En cuanto al desarrollo de esta figura en el mundo romano, no puede decirse que la misma sufriese un gran desarrollo fuera del ámbito de la casuística, tal y como establece KASER¹²³. La teoría general del negocio jurídico fue obra de la pandectística. Los juristas romanos no expusieron una doctrina general en cuanto a la ineficacia o la nulidad, ni tan siquiera constriñeron el tema con una terminología única y rigurosa, limitándose a operar con supuestos individualizados. En esta línea, los romanos no se mantuvieron fieles a una terminología, sino que, en relación a este concepto, hablan de hasta casi cuarenta vocablos distintos, y hacen mención tanto a negocio *“iniustus”*, negocio *“inanes”*, negocio *“inutilis”*, negocio *“vitiosus”*, negocio *“imperfectum”* etc. Del estudio de estos vocablos no se llega a otra solución, que la traducción de los mismos, de todos ellos, en términos jurídicos, no puede ser otra que la de nulidad¹²⁴. Por tanto algunos autores llegan a la conclusión de que la inexistencia de más vocablos en el Derecho actual para significar nulidad, se deriva precisamente de que se usan los vocablos romanos¹²⁵.

En cuanto al ámbito propiamente testamentario podemos encontrarnos diversos términos, tales como: *“non iure factum”*, *“infirmitur”* o *“fit irritum”*, *“destitutum”* o *“desertum, rumpitur adgnatione postumi, ruptuim”* y *“ereptorium”*,

¹²³ Vid. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, Traducción Española de SANTA CRUZ, Editorial Reus, Madrid, 1.968, pág. 55.

¹²⁴ Vid. HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen Über die Rechtliche Unwirksamkeit im Römischen Recht*, Editorial Beck, Munich, 1.914, pág. 1. A este respecto también se pronuncian: MITTEIS, L. *“Das Römischen Recht”*, Leipzig, 1.908, pág. 37; o BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción Española de Bacci y Larrosa, Editorial Reus, Madrid, 1.965, págs. 625 y ss.

¹²⁵ Vid. ROBLEDA, O., *La Nulidad del Acto Jurídico*, Editorial Universitá Gregoriana, Roma, 1.964, pág. 294.

como los recoge BIONDI¹²⁶.

Por lo que respecta a la figura del testamento en el Derecho romano¹²⁷ cabe decir, de forma concisa, al no buscarse con este trabajo un profundo enfoque histórico sino más bien práctico y actual, que el mismo se entendía ineficaz cuando ninguna de aquellas personas que habían sido instituidas como herederos adquiría la “*hereditas*”, ya fuese por faltar la “*delatio*”, como en los casos de premoriencia de los herederos o en los de no verificación de la condición de heredero, o por faltar la “*aditio*”, como se entendía en los casos de muerte del “*delatus*” o en los de su renuncia a la citada “*hereditas*”. Estos casos daban lugar a los que se conocían como “*testamentum desertum*” o “*destittum*” o “*inrritum*”.

Ya en Derecho romano se distinguían dos clases de invalidez, la nulidad y la anulabilidad¹²⁸. En este sentido, debe tenerse en cuenta que dado que los romanos no elaboraron una teoría general de la invalidez testamentaria esta figura debería regirse por las normas generales de los negocios jurídicos, aunque debían tenerse en cuenta las especialidades propias de los testamentos¹²⁹.

En cuanto a la nulidad, tenía lugar cuando faltaba alguno de los elementos requeridos expresamente por la ley, por lo que el negocio no podía producir efecto alguno¹³⁰. Los rigorismos del “*ius civile*”, que hacían que la ausencia de cualquier solemnidad legalmente exigida acarrearla la desaparición¹³¹ del acto en sí, han hecho

¹²⁶ Vid. BIONDI, B., *Successione Testamentaria e Donazioni*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.955, págs. 588 y 589.

¹²⁷ Vid. DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano* Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2.009, págs. 494 y ss.

¹²⁸ ARANGIO-RUIZ, ob. cit., págs. 97 y ss., recoge un análisis más pormenorizado de las causas por las que en época de los romanos se sancionaba un negocio bien con la nulidad o bien con la anulabilidad, al que nos remitimos.

¹²⁹ En esta línea se puede consultar lo dicho por KASER (ob. cit., pág. 318) o lo dicho por VOLTERRA, E. (*Instituzioni di Diritto Privato Romano*, Editorial Ricerche, Roma, 1.977, pág. 786).

¹³⁰ Lo que tenía su reflejo en la máxima romana: “*Quod nullum est nullum producit effectum*”.

¹³¹ Vid. LLOVERAS DE RESK, M. A., *Tratado de las Nulidades Jurídicas*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.985, pág. 58.

que en esta etapa, esta figura, se llegase a confundir con la inexistencia. Fue en la época clásica, con la actuación del pretor¹³², cuando se suavizo este régimen, dando lugar a la parición del concepto de nulidad como sanción ante aquellos actos que fueran contra los principios de equidad.

En lo que a la anulabilidad se refiere, esta consistía en la existencia de un vicio en alguno de los elementos del negocio, que no impedía que éste desplegase todos sus efectos hasta que cualquiera de los interesados no ejerciese alguno de los medios existentes para paralizarlos o para revocarlos o ambas cosas.

Como ya hemos enunciado, la distinción entre estas figuras es reflejo histórico de la antítesis entre el *“ius civile”* y el *“ius honorarium”*¹³³. En el primero de ellos, más formalista y estricto, el negocio o es nulo o es válido, sin una posición intermedia relativa a la anulabilidad del negocio. Ante esta situación, como hemos adelantado, el pretor en aras de evitar que lo admitido como válido por el *“ius civile”* fuera contrario a la realidad social del momento, se vio en la obligación de aplicar algunos de los medios y acciones anteriormente reseñados, dando entrada al concepto de la anulabilidad, de tal manera que en Derecho romano llegó a existir una nulidad *“ipso iure”* o nulidad de pleno derecho, derivada de la invalidez propia del *“ius civile”*, y una *“ope exceptionis”* o anulabilidad derivada de la actuación del pretor. Esta distinción entre nulidad y anulabilidad de origen romano se ha perpetuado hasta nuestros días, donde aún tiene plena vigencia y utilidad en la

¹³² La figura del pretor, tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 33.), surge en Roma hacia el año 367 A.C. con una progresiva disminución del rigor de las exigencias formales imperantes hasta esas fechas. En esta línea de menor rigorismo formal, el pretor crea unas nuevas figuras procesales encaminadas a la anulación de algunos actos que el *“ius civile”* declaraba válidos pese a la manifiesta injusticia de los mismos.

Estas actuaciones comenzaron por conceder a la parte perjudicada una *“exceptio”*, como la que podía ejercerse en los casos de dolo, *“exceptio dol generalisi”*, que con el tiempo se transformó en una verdadera acción de impugnación de dichas situaciones, *“actio doli”*, dirigida a anular la producción de efectos del acto, ya que, basándose en el *“ius civile”*, el negocio continuaba siendo válido. Esta acción se complementaba con la *“restitutio in integrum”*, que era la acción concedida por el pretor en aquellos casos en que el negocio ya había producido todos o alguno de sus efectos, la cual iba encaminada a la devolución de lo entregado en virtud de los principios de la equidad.

¹³³ En este sentido se pronuncian, entre otros: BIONDI, ob. cit., págs. 219 y ss.; ROBLEDA, ob. cit., págs. 296 y ss.; BETTI, ob. cit., págs. 328 y ss.; o CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 34 y ss.

práctica negocial y testamentaria.

En lo que se refiere a las causas¹³⁴ que podían afectar a la producción de efectos de los negocios en el Derecho romano, estas eran variadas, aunque podían clasificarse¹³⁵ en: a) aquellas relativas a la ausencia de los presupuestos esenciales del acto o a defectos en los mismos, las cuales se refieren esencialmente a tres aspectos: 1.- la capacidad de las partes para otorgar el negocio en cuestión, 2.- la legitimación de un sujeto para producir dicho negocio y 3.- la idoneidad del objeto para ser materia de la reglamentación que le es propia al negocio; y b) aquellas relativas a los elementos integrantes del negocio.

En referencia a este tema, la jurisprudencia clásica estableció una graduación en función de la gravedad de la sanción establecida para asegurar la observancia de cada precepto. De tal manera que distinguía entre:

- "*Leges perfectae*", que eran aquellas a las que se aplicaba la sanción más grave, es decir, aquellas cuya infracción llevaba aparejada la nulidad del negocio¹³⁶ al haberse realizado éste "*contra legem*" o "*in fraude legis*", es decir, contra una prohibición legal expresa. A modo de ejemplo puede citarse la "*Lex Aelia Sententia*", que declaraba nulas las manumisiones de esclavos hechas por el deudor en fraude de acreedores¹³⁷.

¹³⁴ Estas causas las define TORRENT, A. (*El Negocio Jurídico en Derecho Romano*, editado por la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Oviedo, 1.984, pág. 69) como anormalidades que afectan bien a los presupuestos y a los elementos esenciales del negocio, alterando y, en los casos más graves anulando, sus efectos. Por su parte VOLTERRA (ob. cit., pág. 169) nos expone principalmente va a tratarse de vicios de la voluntad y, aunque en menor medida, también pueden deberse a causas relativas a la capacidad, la simulación o a defectos de forma.

¹³⁵ VOCI, P. (*Diritto Ereditario Romano*, T. II, Editorial Giuffrè, Milán, 1.963, págs. 990 y ss.), por su parte, las clasifica en originarias, cuando las disposiciones son "*ab initio*" inválidas, y en sucesivas, cuando la invalidez les sobreviene en un momento posterior al perfeccionamiento del testamento.

¹³⁶ En cuanto a la obtención de la nulidad del testamento era necesario ejercer la "*querela inoficiosi testamenti*", tal y como lo recoge SCHERILLO, G., *Corso di Diritto Romano*, T. II, Editorial Cisalpino, Milán, 1.967, págs. 105 y ss.

¹³⁷ Instituciones de Gayo 1, 37 y 47.

- "*Leges minus quam perfectae*", que estaban sancionadas con una multa. Como lo era la "*Lex Furia Testamentaria*", que prohibía al legatario exigir del heredero más de una cierta suma, condenando al cuádruplo del exceso.

- "*Leges imperfectae*", en las que no existe sanción alguna pero en las que el pretor puede intervenir concediendo una excepción al interesado por falta de cumplimiento, como es en el caso de la "*Lex Cincia de Donis et Muneribus*".

Ya en época romana se llegó a distinguir, tanto en los negocios "*inter vivos*" como en los negocios "*mortis causa*", entre nulidad total y nulidad parcial dentro de los diversos negocios, incluyéndose los testamentos¹³⁸. Aunque no entendidas como en la actualidad, dichas figuras sí tenían su reflejo en la práctica negocial¹³⁹, con la

¹³⁸ Vid. BETTI (ob. cit., pág. 333), donde recoge cómo en el Derecho romano regía el principio de preservar la intención del testador por encima de sus palabras (D. 35, 1, 101 y D. 33, 10, 7, 2), así como la teoría de que debían eliminarse cuantas cláusulas fuesen contra el fin esencial del testamento, la sucesión. Todo ello lleva a la inevitable conclusión de la necesidad de aplicar la nulidad parcial en el ámbito sucesorio en el Derecho romano.

¹³⁹ D. 13, 6, 17 y D. 16, 3, 1, 7. Textos respectivamente de PAULO, referido al comodato, y de ULPIANO, referido al depósito, que deciden que el pacto de exoneración de responsabilidad en caso de dolo no es válido, pero esta invalidez no afecta al contrato mismo, de tal forma que éste es aún válido sin la referida cláusula. Según BIONDI, basándose en el D. 50, 7, 23 de CELSO, ambos textos son sin duda de la época clásica.

D. 22, 1, 29. Texto de MARCIANO, que establece la nulidad del pacto "*quis usuras stipulatio fuerit*", lo cual no obsta validez en cuanto a los intereses no usurarios, teniéndose aquél pacto "*pro non adiecto haberi*". Pero a juicio de algunos autores (BETTI, CRISCUOLI) el texto es fruto de una interpolación justiniana. Pero otros textos (D. 12, 6, 26 1; D. 19, 1, 13, 26; D. 22, 1, 20) apoyan la tesis de que en la época clásica los intereses usurarios no se debían íntegramente.

D. 45, 1, 1, 4. Es un texto de ULPIANO según el cual cuando en la "*stipulatio*" hay discordancia entre la interrogación y la respuesta, por referirse ésta a una suma mayor (por ejemplo se estipuló por cinco y se responde por diez) el negocio es válido por la suma menor, porque es la que se acordó; y ello porque según BIONDI en la "*stipulatio*" clásica se tuvo en cuenta la concordancia sustancial entre la interrogación y la respuesta y no la simple concordancia formal.

D. 24, 1, 5, 5. Texto de ULPIANO referido a las donaciones entre cónyuges, que establece cuatro diferentes casos hipotéticos, en el que admite la nulidad parcial de ciertas estipulaciones, como en el caso del marido que vende a su mujer algo, pero le perdona una parte del precio, la venta será válida y la remisión del precio será nula en los límites del enriquecimiento producido.

D. 45, 1, 1, 5. El texto de ULPIANO denota un importante esfuerzo por parte del jurista por admitir la nulidad parcial, pues admite que en el caso de un negocio formado por dos estipulaciones, una de ellas pueda ser nula, y concluye con una afirmación: "*neque vitatur utilis per hanc inutilem*", que guarda una notable similitud con el brocardo "*utile per inutile non vitatur*".

D. 45, 1, fgt 110. El texto de POMPONIO, en el caso de la "*stipulatio*" de la que se deriven efectos a favor del propio estipulante y, además, a favor de un tercero, debe rechazarse la parte ajena pero sin afectar a la propia. Es opinión pacífica el origen clásico del texto por cuanto la solución contenida en él es fruto de una interesante controversia

teoría de dividir el negocio inválido en diversas disposiciones y tratar éstas de forma diferenciada, aplicándose la nulidad de forma limitada a algunas de ellas, preservando el resto. Esta diferenciación, dados los rigores propios de la época, hubiese sido imposible generalizarla en el Derecho clásico.

La invalidez del testamento puede basarse en una causa ya existente en el momento en que se realiza la disposición testamentaria, en cuyo caso la invalidez es inicial, o que la causa devenga una vez realizado el testamento y constante éste, en cuyo caso sería una invalidez sobrevenida. Una vez establecida esta diferencia en el origen de las causas de invalidez, clasificándolas, en los citados dos grupos, podemos encontrarnos que ya en el Derecho romano se señalaban como causas de invalidez originaria o inicial las siguientes: la falta de capacidad del heredero o el haber preterido a un heredero necesario; mientras que se citaban como causas de invalidez sobrevenida: la pérdida de la capacidad jurídica por parte del testador, la supervivencia de un heredero necesario no contemplado en el testamento o la revocación del propio testamento por el testador. En el primero de los casos hablaríamos de “*testamentum inrritum factum*” y en los demás de “*testamentum ruptum*”¹⁴⁰.

El testamento era un acto revocable por la mera voluntad del testador, a fin de que sólo tuviese validez la última voluntad testamentaria, “*supremum*” o “*ultimum iudicium*”. Lo que impedía que el propio testador limitase este derecho mediante una cláusula de irrevocabilidad¹⁴¹, que sería siempre ineficaz.

Las consecuencias inmediatas de la nulidad parcial eran o bien la reducción del negocio originario, una vez eliminadas las cláusulas nulas, o bien la conversión

sostenida entre sabinianos y proculeyanos, solución proculeyana que fue adoptada POMPONIO, y por ende JUSTINIANO, ya que los sabinianos defendían la validez íntegra del negocio.

Todo ello tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 37.

¹⁴⁰ D. 28, 3, 1.

¹⁴¹ D. 32, 22, pr.

del negocio en otro distinto para el que sí se cumpliesen todos los requisitos o que fuese compatible con aquellas cláusulas que hacían nulo el anterior.

En cuanto a los negocios testamentarios se refiere, se admitía la nulidad parcial incluso en tiempos del *“ius civile”*¹⁴², con el único fin de salvaguardar la voluntad del difunto, dado el culto que se les rendía, y no por el simple hecho de preservar un negocio. La evolución del propio Derecho romano y la pérdida de rigidez hicieron extenderse los casos de nulidad parcial incluso a la figura del heredero, de tal forma que podía prevalecer el testamento sin ésta¹⁴³.

Otros casos de nulidad parcial fueron: la invalidez de la disposición hecha a favor de la viuda que se casaba dentro del año de luto o que después de la muerte del marido daba a luz un hijo ilegítimo o que no hacía que se nombrara tutor a los hijos propios¹⁴⁴; la hecha a favor del sucesor de los pupilos que no había, dentro del año de la muerte del padre, hecho nombrar tutor; las disposiciones por las cuales el testador desea alcanzar un resultado ilícito; o las que tengan por objeto una prestación imposible¹⁴⁵; conservando en todas ellas su validez el resto del testamento. Estas disposiciones nulas fueron cambiando según evolucionó la vida social y política en las diversas épocas, llegándose al extremo de que las cláusulas que fueron nulas en unas épocas no lo fueron en otras, como puede ser, por ejemplo, el caso de la condición de no poder contraer matrimonio para poder recibir la herencia o legado, que era válida en la época clásica y que fue declarada nula tras la promulgación de las leyes demográficas de Augusto.

Debe concluirse que la nulidad parcial, si bien no fue recogida como *“regula iuris”* sí existió de forma patente dentro del ordenamiento romano, y tuvo su

¹⁴² Vid. BIONDI, ob. cit., pág. 587.

¹⁴³ D. 28, 4, 3.

¹⁴⁴ D. 26, 6, 2, 2.

¹⁴⁵ D. 36, 6, 7, 1.

continuación en el principio *“utile per inutile non vitiatur”*. Reflejo de esta nulidad parcial fueron lo recogido, de forma general, en: D. 45, 1, 1, 5, D. 50, 17, 94, y en cuanto a los testamentos en concreto se refiere en: D. 28, 2, 29, 1-2-6 y 15.

II. EL *“LIBER IUDICIORUM”* Y SU NORMATIVA SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.

En el año 654 d.C. se promulga un conjunto de normas de Derecho privado conocido como *“Liber Iudiciorum”*¹⁴⁶, que se aplicaría, en la Península, a todos sus habitantes, ya fuesen de origen germánico o romano, acabando con la pluralidad de ordenamientos previos, y el cual estará vigente hasta el siglo XII, aproximadamente.

En 1.241 fue traducido del latín al castellano, aunque con algunas modificaciones, por orden del Rey Fernando III, y es conocido como Fuero Juzgo.

El trabajo fue iniciado bajo el reinado de Chindasvinto¹⁴⁷ y promulgado, tras ser revisado en el VIII Concilio de Toledo, bajo el reinado de Recesvinto. Estaba compuesto de doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Entre las que destacaban, por el número, las anteriores a él o *“antiquae”*, y las elaboradas por Chindasvinto o *“Flavius Chindasvintus Rex”* y por Recesvinto (*“Flavius Reccesvintus Rex”*). Posteriormente se incluyeron tres leyes de Recaredo y dos de Sisebuto, y, más tarde¹⁴⁸, Ervigio modificó algunas de estas leyes, por lo que también se le ha llegado a conocer como Código de Ervigio.

¹⁴⁶ También conocido como *“Lex Visigothorum”*, *“Forum Iudicum”*, *Código de Recesvinto*, *Libro de los Juicios*, *“Liber Iudicum”*, *“Liber Gothorum”*, *“Fori Iudicum”*, *“Forum Iudicum”* y *“Forum Iudiciorum”*.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ-ARCILLA, J. (*Historia del Derecho. I. Instituciones Político-Administrativas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1.995, págs. 121 y 122) recoge como diversos autores (KING, GARCÍA GALLO, WAITZ y SCHMELTZER) sostienen que la recopilación se realizó en el segundo año de reinado de Chindasvinto y que Recesvinto se habría limitado a una revisión del texto promulgado por su padre. Así, puede destacarse la frase de Recesvinto recogida en la ley de promulgación del *“Liber Iudicorum”*, que recoge: *“leges in hoc libro conscriptas ab anno secundo dive memorie domni et genitoris mei Chindasvinti regis”*.

¹⁴⁸ Han llegado a nuestros días más de veinte manuscritos antiguos, aparte de las copias modernas, y se pueden agrupar estos manuscritos en tres series distintas: *“Recesvindiana”*, *“Ervigiana”* y *“Vulgata”* (que recoge las disposiciones posteriores a las otras dos).

Dentro del “*Liber Iudiciorum*” la nulidad de los testamentos es regulada por la Ley “*plene discretionis*”, la cual establece que será nulo todo aquel instrumento que exceda de lo permitido por la ley. En esta misma línea, se afirma que será nulo cualquier testamento que no cumpla con los requisitos propios de cada forma de testar. Pese a esta regulación el “*Liber Iudiciorum*” no establece sanciones específicas para estos hechos¹⁴⁹.

En este sentido, y en cuanto a la nulidad parcial se refiere, se recoge la misma cuando nos encontramos, por ejemplo, ante un exceso en la cuantía de las disposiciones o atribuciones¹⁵⁰, en cuyo caso quedaría limitado el derecho de los beneficiarios a la cuota legalmente atribuible y se otorgaría el exceso a aquellos a quienes ¹⁵¹correspondía legítimamente, de tal forma que persistirían eficaces, por tanto, el resto de las disposiciones contenidas en el testamento.

III. DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

En la Edad Media no se producen sustanciales modificaciones en cuanto al régimen establecido en el Derecho romano, por lo menos en cuanto al objeto de este trabajo se refiere, continuándose, por tanto, con una regulación de influencia romana, tanto en cuanto al Derecho vulgar, ya desde el siglo VI, continuando después dicha influencia con el Derecho visigodo, como en cuanto al Derecho oficial romano del siglo V, que es restaurado por los visigodos de forma tardía.

En estos periodos no puede dejarse de lado la tarea de los glosadores que se encargaron de la recepción de la obra compiladora de Justiniano desde el siglo XII.

¹⁴⁹ Vid. PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., *El Testamento Visigótico*, editado por el Instituto de Historia del Derecho, Universidad de Granada, Granada, 1.975, pág. 132.

¹⁵⁰ Tal y como viene recogido en el Libro II, título V, ley 1.

¹⁵¹ Que es restaurada, entre otros, por los reyes visigodos Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio.

Los glosadores, en lo que se refiere a la existencia de actos inválidos, se puede decir que partían de ejemplos concretos a fin de poder demostrar la existencia de este tipo de actos, que podían clasificarse en nulos y anulables¹⁵².

El origen de un sistema jurídico propiamente español tiene lugar con la promulgación por el rey Alfonso X, en 1.263, de las Siete Partidas¹⁵³. Dicha regulación tuvo un importante efecto unificador dentro de nuestro territorio, toda vez que, como el actual Código civil, aparte de su aplicación directa y principal servía como derecho supletorio para todos los Reinos de España.

Las Siete Partidas tienen una marcada influencia del Derecho romano, aunque condicionado con la concepción cristiana¹⁵⁴ imperante en la época, por lo que queda sometida al poder divino toda la regulación. Esta marcada influencia romana hace que en lo que a la nulidad se refiere también se mantenga el sistema romano, no regulándose un tratamiento sistemático de la misma, sino que se remite a cada acto jurídico, incluido el testamento, de forma singular.

En esta regulación de las Partidas encuentra LLOVERAS DE RESK¹⁵⁵ dos omisiones destacables como son: la de una norma genérica que establezca la nulidad de todo acto contrario a la ley; y la de otra norma o normas que regulen o

¹⁵² Vid. LLOVERAS DE RESK, ob. cit., pág. 87.

En cuanto a los actos nulos, dada la influencia romana, los efectos que iban a producir quedaban extinguidos ya desde su origen, sin necesidad de intervención judicial alguna, "*quod factum contra leges est ipso iure nullum*", en cambio en los actos anulables sí era necesaria dicha intervención. Así lo entiende LUTZESCO, G., *Teoría y Práctica de las Nulidades*, traducción española de ROMERO y LÓPEZ DE CERDA, Editorial Porrúa, México, 1.975, pág. 120.

¹⁵³ Las Siete Partidas son la continuación del Fuero Real, el cual, a su vez, fue un compendio entre el Fuero Juzgo y algunos fueros municipales, como por ejemplo el Fuero de Soria, todo ello bajo la influencia del "*Liber Iudiciorum*". Fueron redactadas entre los años 1.252 y 1.255, con el objetivo de reflejar las peculiaridades jurídicas castellanas y sirvieron como importante elemento aglutinador y unificador de la regulación jurídica posterior. Vienen a mantener gran parte de los rasgos del Derecho sucesorio imperante durante toda la Alta Edad Media, pero a la vez introducen algunos principios de origen romano, como el carácter esencialmente revocable de las donaciones "*mortis causa*", que se separa de la irrevocabilidad imperante hasta el momento. Todo ello tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 49 y los autores allí citados.

¹⁵⁴ Vid. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, T. I, Editorial Civitas, Madrid, 2.008, pág. 141.

¹⁵⁵ Vid. LLOVERAS DE RESK, ob. cit., pág. 77.

recojan los medios jurisprudenciales creados por la figura del pretor que luego fueron adoptadas por el “*corpus iuris civilis*”, con la excepción de lo referente a menores y a los actos otorgados en fraude de acreedores¹⁵⁶.

Los textos españoles anteriores a la codificación¹⁵⁷ continúan con una marcada influencia del Derecho romano, lo que se manifiesta, entre otros aspectos, en la integración, aunque sin hacer expresa mención a él, del principio “*utile per inutile non vitiatur*”, pero, al igual que en el Derecho romano, sin llegar a establecer una sistematización del mismo.

En lo que al Derecho sucesorio se refiere, tanto las Partidas como las regulaciones posteriores admiten la posibilidad de que el testamento contenga diversas disposiciones, lo que facilitaba el reconocer la cabida de la nulidad parcial dentro del negocio testamentario toda vez que se podían independizar cada una de las disposiciones, de tal forma que los vicios recaídos en alguna o algunas de ellas no tenían por qué afectar al resto.

Sirven de ejemplo a lo dicho en el párrafo anterior: lo recogido en la Ley 24ª

¹⁵⁶ Título XIX, partida XI y título XV, partida V.

¹⁵⁷ Bajo esta denominación podemos encuadrar tanto el Ordenamiento de Alcalá de 1.348 como las Leyes de Toro de 1.505. Son los textos emanados del poder real que, con posterioridad a las Siete Partidas, adquieren carácter de legislación general. Con estas regulaciones, fundadas en los usos y costumbres españoles, se afianzó el Derecho Real de Castilla.

En ellas se establece como primera fuente jurídica el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes Reales, lo que viene a ratificar el valor del Fuero y de las Partidas, cuerpos que se instauran como Derecho supletorio en todo el territorio. Tal y como lo recoge DE CASTRO, *Derecho Civil...*, cit., pág. 121.

Estos cuerpos legales, nos expresa FERNÁNDEZ DEL MORAL, ob. cit., pág. 18, constituyeron un paso fundamental en la difusión del testamento.

A este respecto vid. DE CASTRO (ob. cit., pág. 174) que recoge como la Nueva Recopilación de leyes de España es publicada en 1.567 bajo el reinado de Felipe II y consiste en una compilación de leyes de origen real de España. Mediante esta obra el Derecho español se independiza ya del Derecho romano y toma configuración propia, aunque no es hasta el siglo XVIII, por voluntad de Felipe V, cuando va a ser finalmente desterrado como fuente jurídica de nuestro Derecho y va a ser sustituido por el Derecho real castellano como único Derecho común, prohibiéndose aplicar disposiciones de Derecho romano en todo el Reino a los tribunales, audiencias y cancellerías.

de Toro¹⁵⁸ y en la Ley única, título 19, del Ordenamiento de Alcalá, referente a la validez de la mejoría de quinto o tercio pese a la ruptura del testamento, la preterición o la desheredación¹⁵⁹; o lo establecido en la Ley 18ª de Toro y en la Ley 1ª, título XI, de la Partida 6ª, ambas relativas a excesos en las disposiciones del causante, que se verán rebajados hasta respetar los límites legalmente establecidos; la Ley 27ª de Toro, por su parte, por la que los llamamientos al tercio de mejora que vulneren el orden legalmente establecido serán válidos en lo que estén conformes a la ley y nulos en el resto¹⁶⁰. Ejemplos todos ellos en los que se recogen supuestos de nulidad parcial en sede sucesoria.

La época moderna, que se puede decir que comienza en Francia con el movimiento revolucionario del siglo XVIII, tiene reflejo en España bajo el reinado de Carlos IV con la promulgación en 1.805 de los 12 tomos integrantes de la Novísima Recopilación. Ésta fue fruto también de la necesidad de actualizar una normativa que llevaba vigente casi doscientos cincuenta años, como era la Nueva Recopilación.

Esta regulación va a mantener la falta de sistematización respecto a la nulidad de sus predecesoras, y el trato del tema de la nulidad en casos concretos, sobre los que establece su validez o invalidez, ya sea total o parcial. De tal manera que la Novísima Recopilación, tal y como nos comenta DE CASTRO¹⁶¹, no logró una verdadera unificación legislativa, careciendo de la unidad de un verdadero código.

En esta época, y dentro del proceso codificador imperante en dicho momento, la pandectística¹⁶² ejerce una notable influencia en el propio movimiento

¹⁵⁸ “Cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterición ó exheredacion en el cual oviere mejoría de tercio ó quinto no por eso se rompa ni menos deje de valer el dicho tercio é quinto como si el dicho testamento no se rompiese.”

¹⁵⁹ Vid. LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario Crítico, Jurídico Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, T. I. Analecta Editorial, Madrid, 1.853, págs. 113 y ss.

¹⁶⁰ Vid. LLAMAS Y MOLINA, ob. cit., págs. 470 y ss.

¹⁶¹ Vid. DE CASTRO, *Derecho Civil...*, cit., pág. 198.

¹⁶² Movimiento de origen alemán, que tuvo su origen hacia finales del siglo XVIII y su punto de máximo esplendor durante el siglo XIX. Iba encaminada a crear una teoría general del Derecho privado fundada en el Derecho romano,

codificador español, así como en el de otros países.

En cuanto a la nulidad se refiere, la noción dogmática de la misma, que incluye también la de la nulidad parcial, así como la de otras muchas instituciones¹⁶³, es fruto de esta escuela pandectista, dentro de su objetivo de crear una teoría general del Derecho privado en su conjunto.

En el siglo XIX continúa en nuestro ordenamiento la tendencia codificadora, con proyectos de Código civil destacables, como pudieron ser el de 1.821 o el de 1.851. Este segundo tiene una gran influencia de su homólogo francés¹⁶⁴ y regula la nulidad exclusivamente en cuanto a los contratos y las obligaciones, recogiendo sus efectos en el artículo 1.190. Debe entenderse como admitida la nulidad parcial toda vez que si bien no la regula sistemáticamente, son diversos los artículos que la admiten en casos concretos, como pueden ser los artículos 561, *“toda disposición hecha a favor de persona incierta es nula”*, y 559, *“toda disposición encaminada a... es nula.”*

En 1.812 comienzan los estudios que desembocaron en nuestro actual Código civil, que hereda la deficiente regulación de la figura de la invalidez de los negocios jurídicos del proyecto de 1.851.

especialmente en el Derecho justiniano, pero sin dejar de lado referencias a regulaciones posteriores. Todo ello tal y como lo recoge IMPALLOMENI, G., *Voz: Pandectística*, en NDI, T. XII, Turín, 1.975, pág. 350.

¹⁶³ Vid. MAZZACATO, A., *Voz: Pandettistica*, en ED, T. XXX, Milán, 1.965, págs. 590 y ss.

¹⁶⁴ En esta línea, DE CASTRO (ob. cit., pág. 191) lo califica como: “moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado”; y muestra su descontento con el mismo cuando nos expone que: “cada artículo está justificado con una especie de plebiscito legislativo en el que decide el voto del Código civil francés en compañía de sus hijos y nietos, en el que las leyes españolas asisten un poco como comparsa de aquiescencia.”

IV. TRATAMIENTO DE LA NULIDAD PARCIAL EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS MÁS DESTACADOS DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL.

Dentro de este apartado debemos destacar como más trascendentes los ordenamientos alemán, italiano y francés, sin dejar de lado otras regulaciones como puedan ser la anglosajona, la suiza y la holandesa.

A) DERECHO ALEMÁN.

El ordenamiento alemán, en su Código civil (BGB) recoge diversos tipos de nulidad negocial. En cuanto a la nulidad parcial, objeto principal del presente trabajo, la recoge, en primer lugar, en la regulación del negocio jurídico como categoría general, en concreto, en el parágrafo 139 del BGB, con el siguiente tenor literal:

“Teilnichtigkeit

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.”

Tal y como lo traduce MELÓN INFANTE¹⁶⁵:

“Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico, si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula.”

Tal norma¹⁶⁶, referente a la nulidad parcial, viene recogida dentro del ámbito

¹⁶⁵ Así viene recogido en su traducción de la obra de ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981, pág. 27.

dedicado por el Código civil alemán a la teoría general de la invalidez. Por ello puede considerarse como una excepción o cuando menos una matización del principio general de la nulidad en el marco negocial, recogido en los párrafos 134 y 138 del citado cuerpo legal¹⁶⁷. Los citados preceptos establecen la base de la invalidez para este tipo de negocios en el hecho de ir contra la ley o las costumbres. Esta regulación, como se desprende del tenor literal de los artículos recogidos anteriormente, tiene un marcado carácter moral¹⁶⁸.

Parágrafo 134: *“Gesetzliches Verbot*

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.”

Parágrafo 138: *“Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

¹⁶⁶ Establece RUÍZ MUÑOZ, M. (*La Nulidad Parcial del Contrato y la Defensa de los Consumidores*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.993, págs. 47 y 48), que la existencia del párrafo 139 no deja de ser una redundancia y como tal podría omitirse, toda vez que los párrafos 134 y 138 ya hacen referencia, aunque sea de forma implícita a la nulidad parcial del negocio, el primero en referencia a la propia Ley y el segundo en cuanto a la vulneración de normas morales. Aún admitiéndose dicha posibilidad de innecesariedad del precepto en cuanto al fondo, es conveniente su existencia, cuando menos, desde el punto de vista dogmático y de sistematización, al aportar un criterio para el entendimiento del principio, evitando así la necesidad de un posterior análisis doctrinal y jurisprudencial. En esta línea ver también lo dicho por SIMLER, P., *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, LGDJ, París, 1.969, pág. 438.

Así sería nulo cualquier negocio jurídico en el que una de las partes usase la necesidad, la ligereza o la falta de conocimientos o experiencia de la otra a fin de conseguir para él mismo o para un tercero unas ventajas desproporcionadas al valor de la prestación por él realizada o entregada.

¹⁶⁷ El párrafo 134 podría traducirse como: *“Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la Ley.”*

El párrafo 138 podría traducirse como: *“Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo.”*

Ambas traducciones siguen lo dicho por MELÓN INFANTE, en su traducción de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, ob. cit., págs. 26 y 27.

¹⁶⁸ Así lo han entendido, entre otros, RUÍZ MUÑOZ, ob. cit., pág. 46; CASELLA, M., *Nullita Parziale del Contratto e Inserzione Automatica di Clausole*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.974, pág. 41; o HATTENHAUER, H., *Los Fundamentos Históricos Ideológicos del Derecho Alemán. Entre la Jerarquía y la Democracia*, traducción española de IZQUIERDO, Editorial EDESA, Madrid, 1.981, págs. 252 y 307.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.”

Parece que el Código civil alemán nos ofrece una solución contraria al principio *“utile per inutile non vitiatur”*¹⁶⁹, de tal forma que en aquellos casos en que no se pudiese concluir de forma lógica que el contrato se hubiese querido celebrar incluso sin la parte nula la posible nulidad parcial devendrá total¹⁷⁰. En esta misma línea ha de entenderse que en los casos en que el negocio ya se hubiese ejecutado o se estuviese ejecutando deberán ser las partes intervinientes en el mismo las que, en base a su voluntad, decidan si el negocio debe continuar surtiendo los efectos que aún le sean posibles o si, por el contrario, debe procederse a declarar la nulidad total del negocio en cuestión¹⁷¹. Cabe hacer mención aquí, aunque se verá más adelante, a cómo otros ordenamientos de nuestro entorno dan una solución completamente opuesta a estas situaciones, como puede ser el caso del Derecho italiano en el artículo 1.419 de su Código civil. En la misma línea que el Código italiano entendemos que se pronuncia nuestro ordenamiento, aunque dicha aplicación no venga recogida expresamente en ninguna norma expresa.

Debe concluirse que el ordenamiento alemán establece como regla general la nulidad total y como excepción la nulidad parcial.

En la práctica, una de las consecuencias más importantes de esta forma de

¹⁶⁹ Solución esta que según OERTMANN, P., *Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos*, en RDP, 1.929, pág. 74, es demasiado rígida y se busca una concepción del negocio contraria a la realidad.

¹⁷⁰ MAYER-MALY, T., *Münchener Kommentar zum BGB*, T. I, Munich, 1.984, págs. 1.055 y ss., recoge la necesidad, en caso de duda, de decantarse por la nulidad total en detrimento de la parcial siendo sólo la voluntad de las partes la que podría decantar la balanza a favor de la parcial.

¹⁷¹ Puede consultarse a este respecto la jurisprudencia citada por MAYER-MALY, ob. cit., pág. 1.061.

aplicar la nulidad es que en el Derecho germano la carga de la prueba en estos procedimientos recaerá en aquella persona interesada en que el negocio permanezca con vida, aunque sea de forma parcial. Lo que lleva a la complicada tesitura de tener que probar los intereses de la otra parte, dado que debe acreditarse que la otra parte también hubiese querido y concluido el negocio aún sin la parte nula¹⁷².

A tenor de lo anterior, la doctrina alemana¹⁷³ ha estimado que en ciertos casos es necesaria la inversión de la carga probatoria, por lo que hace que esta recaiga sobre aquella persona que pretenda la nulidad total, ya que, en ellos el elemento probatorio sí recaería dentro de la esfera de su control. El propio BGB recoge diversos preceptos¹⁷⁴ que de forma expresa realizan esta inversión de la carga de la prueba, lo que, de por sí, supone el favorecer la nulidad parcial frente a la total, pese a lo establecido en el parágrafo 139 ya citado. Incluso podemos encontrarnos dentro del propio Código civil alemán preceptos¹⁷⁵ que directamente se decantan por la nulidad parcial impidiendo la aplicación de la total. De tal manera que parece que el parágrafo 139 queda más como una norma subsidiaria de aplicación en los casos en que no se ordene de forma expresa o tácita una u otra nulidad.

En lo que al testamento propiamente se refiere debemos decir que el parágrafo 139 adquiere esta función subsidiaria toda vez que existen dos párrafos específicos en el ámbito testamentario que se pronuncian a favor de la aplicación, por lo menos en una primera aproximación, de la nulidad en su forma parcial

¹⁷² Parece mucho más lógico tal y como recoge SIMLER (ob. cit., págs. 419, 430 y ss.), y nosotros coincidimos, el sistema contrario, en el que cada parte tendría que acreditar sus propios intereses y no los de la contraparte. A lo que añade otro argumento importante, relativo a que son más los casos de nulidad parcial que los de nulidad total.

¹⁷³ Vid., entre otros, LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, traducción española de IZQUIERDO, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1.978, págs. 636 y ss.; HEINRICHS, H., en la obra de PALANDT, O. "*Bürgerliches Gesetzbuch*", Editorial Verlag C.h. Beck, Munich, 2.009, págs. 128 y ss.; o SIMLER, ob. cit., pág. 431.

¹⁷⁴ Entre otros pueden citarse a modo de ejemplos los párrafos: 2.085, 2.195 o 2.279.1.

¹⁷⁵ En esta línea se pueden citar los siguientes párrafos: 443, 476, 540, 566 o 637.

cuando una parte del testamento sea nula, no teniendo por qué afectar, por tanto, en principio, esta nulidad a la totalidad del testamento. Dichos párrafos son:

Parágrafo 2.084: *“Auslegung zugunsten der Wirksamkeit*

*Lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.”*¹⁷⁶

Parágrafo 2.085: *“Teilweise Unwirksamkeit*

*Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.”*¹⁷⁷

En el ámbito testamentario parece que se entiende como merecedora de una mayor protección la voluntad del testador que aquella que se otorga a la voluntad de las partes en el ámbito negocial general, decantándose el ordenamiento alemán por el principio de *“favor testamenti”*, pero siempre entendido en función del respeto de la voluntad del testador, de tal manera que los párrafos citados establecen como regla general para los testamentos la nulidad parcial, y por tanto fijan la nulidad total como la excepción¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Parágrafo 2.084 que puede traducirse por: *“Si el contenido de una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, en caso de duda debe preferirse la que permite que la disposición produzca efectos.”* Todo ello tal y como lo traduce LAMARCA MARQUÈS, A., *Código Civil Alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2.008, pág. 474.

¹⁷⁷ Parágrafo 2.085 que puede traducirse por: *“La ineficacia de una de las disposiciones contenidas en un testamento sólo provoca la ineficacia de las restantes disposiciones, si se debe suponer que el causante no las habría otorgado sin la disposición ineficaz.”* Todo ello tal y como lo traduce LAMARCA MARQUÈS, ob. cit., pág. 474.

¹⁷⁸ Por su parte los pactos sucesorios se rigen por el parágrafo 2.298, con una redacción más parecida a la del parágrafo 139.

Parágrafo 2.298: *“Gegenseitiger Erbvertrag*

Dicha regulación tiene consecuencias en el ámbito de la carga de la prueba, como ya hemos visto con anterioridad, por tanto, en estos casos, el que pretenda la nulidad total tendrá la responsabilidad de acreditar que el propio testador no hubiese querido el testamento sin la cláusula o cláusulas declaradas nulas. Debe tenerse en cuenta, además, que quien pretenda dicha nulidad total debe acudir ostentando una posición de buena fe, tal y como exige el parágrafo 242 del Código civil alemán¹⁷⁹, lo que, no cabe duda, ha favorecido la aplicación de la nulidad parcial.

B) DERECHO ITALIANO.

La regulación de la nulidad parcial dentro del ordenamiento italiano no es una novedad del Código civil de 1.942, sino que ya en el de 1.865 se regulaba el régimen de los negocios jurídicos parcialmente nulos ¹⁸⁰.

La novedad recogida en este Código radica en que se introdujera en el mismo una norma específica para la regulación general de la nulidad parcial, a raíz del

-
- 1) Sind in einem Erbvertrag von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge.
2) Ist in einem solchen Vertrag der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Vertragschließenden der ganze Vertrag aufgehoben. Das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des anderen Vertragschließenden. Der Überlebende kann jedoch, wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt, seine Verfügung durch Testament aufheben.
3) Die Vorschriften des Absatzes 1 und des Absatzes 2 Sätze 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist."

Parágrafo 2.298 que puede traducirse por: "Contrato sucesorio recíproco.

Si en un contrato sucesorio se han adoptado por ambas partes disposiciones contractuales, la nulidad de una de estas disposiciones comporta la ineficacia de todo el contrato.

Si en un contrato de este tipo se ha reservado la resolución, se invalida todo el contrato por la resolución de una de las partes contratantes. El derecho a resolver se extingue con la muerte del otro contratante. Sin embargo, el superviviente puede invalidar sus disposiciones mediante testamento, si repudia lo que se le ha atribuido mediante el contrato." Tal y como lo traduce LAMARCA MARQUÈS, ob. cit., pág. 509.

¹⁷⁹ Parágrafo 242: "Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Parágrafo 242 que puede traducirse por: "Prestación según buena fe.

El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico." Tal y como lo traduce LAMARCA MARQUÈS, ob. cit., pág. 77.

¹⁸⁰ Entre otros en los artículos 518, 1.064, 1.516 o 1.571 del Código civil italiano de 1.865.

principio de conservación del artículo 1.367 del Código civil italiano¹⁸¹. De tal manera que el Código de 1.942 contiene el artículo 1.419 que regula expresamente la nulidad parcial con el siguiente tenor:

“Nullità parziale

La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (1339, 1354, 1500 e seguente, 1679, 1815, 1932, 2066, 2077, 2115).”

Esta norma viene a recoger la base de la regulación de la nulidad parcial de los negocios jurídicos en cuanto afecta al ordenamiento jurídico privado italiano. Es en el desarrollo del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano¹⁸² donde venía recogida la regla general de la conservación de los actos jurídicos privados¹⁸³.

¹⁸¹ Artículo 1.367: “*Conservazione del contratto.*

Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).”

¹⁸² Vid., entre otros, por, DALMARTELLO, A., *Questioni in Tema di Annullabilità del Contratto*, en RTDPC, 1.963, pág. 23; MIRABELLI, G., *Dei Contratti in Generale*, en *Commentario del Codice Civile*, T. IV, vol. 2º, Editorial Utet, Turín, 1.967, pág. 441; ROPPO, ob. cit., pág. 686; CASELLA, ob. cit., pág. 36; PERLINGIERI, P., *Codice Civile Annotato*, T. IV, vol. 1º, Editorial Utet, Turín 1.980, pág. 555; o RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Jovene Editore, Nápoles, 1.986, pág. 358.

¹⁸³ Aunque la figura de la nulidad parcial puede aparecer, y de hecho aparece, en el Derecho público, ya sea en el campo administrativo (TROCCOLI, L., *Nullità ed Impugnativa Parziale Degli Atti Amministrativi*, en *Foro Amministrativo*, 1.959, págs. 608 y ss.; o GIANNINI, M. S., *Voz Atto Amministrativo*, en ED, T. IV, pág. 175), en el sistema procesal civil (DENTI, V., *Note Sui Vizi Della Volontà Negli Atti Processuali*, en *Studi Nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, T. XXVII, editado por la Universidad de Pavía, Pavía, 1.919, págs. 17 y ss.; o ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, T. I, Editorial Giuffrè, Milán, 1.948, pág. 407), como en el sistema procesal penal (PANNAIN, R., *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.933, págs. 272 y ss.; o ZEPPIERI, L., *Le Nullità nel Processo Penale*, Editorial Ulpiano, Roma, 1.934, págs. 366 y ss.).

Pese a que el Código civil italiano recoge la figura de la nulidad parcial, no determina en ninguno de sus preceptos qué debe entenderse por tal. Lo único que hace el legislador italiano es diferenciar, en el artículo 1.419, citado anteriormente, entre nulidad parcial y nulidad de cláusula. A este respecto ha entendido la doctrina mayoritaria¹⁸⁴ que la distinción tiene un mero carácter ejemplificativo, y no la intención de dar diferente valor a ambas expresiones.

Pero no debe olvidarse que el citado precepto se encuentra bajo la rúbrica dedicada propiamente a los contratos y no a los negocios jurídicos en general. Por ello ocurre que si se toma literalmente puede concluirse que el citado artículo debería aplicarse únicamente a los contratos y no a los negocios unilaterales¹⁸⁵, máxime al caso del testamento en que la relación entre cláusula e instrumento es sustancialmente distinta a la existente entre cláusula contractual y contrato, además de disponer el testamento de una regulación propia de la nulidad, por mucho que ésta reproduzca en numerosas ocasiones lo estipulado para los contratos.

Si tenemos en cuenta el principio de expansividad recogido en el artículo 1.324 del Código civil italiano¹⁸⁶, que propugna la aplicación de las normas propias de los contratos a todo el ámbito patrimonial siempre que no se contradigan con otras disposiciones legales, debemos concluir que la anterior regulación puede ser aplicable¹⁸⁷ a otros negocios, ya sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales, con la

¹⁸⁴ Entre ellos, vid. CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pág. 302; BOLOGNA, I., *Considerazioni Sulla Nullità Parziale nei Negozi Giuridici*, en *Giurisprudenza Completa di Cassazione Civile*, 1.951, pág. 1.109; CRISCUOLI, G., *La Nullità Parziale del Negozio Giuridico*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.959, págs. 61 y 184; FRAGALI, M., *Clausole, Frammenti di Clausole, Rapporti fra Clausole e Negozio*, en *Giustizia Civile*, 1.959, pág. 313; CASELLA, ob. cit., pág. 16; o TAMPONI, M., *Contributo all'Esegesi de l'Articolo 1.419 Codice Civile*, en RTDPC, 1.978, pág. 510.

¹⁸⁵ Vid. LIPARI, N., *Autonomia Privata e Testamento*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.970, págs. 388 y ss.

¹⁸⁶ Artículo 1.324: “*Norme applicabili agli atti unilaterali. Salvo diverse disposizioni di legge le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (1334, 1414).*”

¹⁸⁷ Así lo recogen, entre otros, BARASSI, L., *La Teoria Generale Delle Obbligazioni*, T. II, Editorial Giuffrè, Milán, 1.946, pág. 321; GALLO, F., *Limiti dell'Applicabilità al Testamento Delle Norme D'Ermeneutica Riguardanti al Contratto*, en *Giurisprudenza Completa de Cassazione Civile*, 1.950, pág. 544; BETTI, *Teoría General...*, cit., pág. 361; y MANIGK, A., *Studi di Diritto Italiano e Tedesco Sulla Natura e L'Inquadramento Degli Atti Giuridici Privati*, en *Annuario di Diritto Comparato*, 1.942, pág. 138.

condición de que sean actos “*inter vivos*” y, como acabamos de señalar, de naturaleza patrimonial.

En cuanto a los negocios “*mortis causa*”, si bien no existe una norma equivalente o cuando menos parecida, que regule de forma general la nulidad parcial en este ámbito, existen normas¹⁸⁸ a lo largo del Código civil italiano que recogen la figura de la nulidad parcial.

La doctrina¹⁸⁹ y la jurisprudencia¹⁹⁰ italianas han entendido como aplicable lo dispuesto en el artículo 1.324 del Código civil italiano al ámbito testamentario, con la salvedad, mencionada anteriormente, de que dicha regulación sea compatible con la específica de cada negocio. Lo que trae su base en una amplia aplicación del principio “*utile per inutile non vitiatur*”, con extensión a todos los negocios jurídicos. Esta extensión encuentra su razón de ser en el artículo 12 de las Disposiciones Preliminares del Código civil italiano, que permite recurrir a la analogía para comprobar en cada caso la compatibilidad de los presupuestos legales propios de los contratos en el ámbito testamentario.

También los principios de economía jurídica y autonomía privada de la voluntad parecen refrendar como medida más satisfactoria para el ordenamiento la de la conservación¹⁹¹, lo que puede verse en los diversos preceptos que regulan la

¹⁸⁸ Entre otros, ver el artículo 684: “*Distruzione del testamento olografo. Il testamento olografo (602) distrutto, lacerato o cancellato, in tutto o in parte, si considera in tutto o in parte revocato, a meno che si provi che fu distrutto, lacerato o cancellato da persona diversa dal testatore, ovvero si provi che il testatore non ebbe l'intenzione di revocarlo.*”

¹⁸⁹ Vid., entre otros, lo dicho por MUSATTI, C., *De Verborum Significatione*. (in *Tema di Interpretazione di Testamenti*, en FI, 1.949, pág.705; GALLO, ob. cit., págs. 544 y ss.; BARASSI, L., *La Successione per Causa di Morte*, Editorial Giuffrè, Milán, 1944, pág. 373; y RESCIGNO, P., *Interpretazione del Testamento*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.952, pág. 19.

¹⁹⁰ Entre otras ver Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 26 de Noviembre de 1.949, de 28 de Julio de 1.950, de 11 de Julio de 1.951, de 5 de Marzo de 1.955 y de 10 de Agosto de 1.963.

¹⁹¹ Así se desprende del hecho de que cada cláusula pueda tener su propio régimen jurídico, aunque más esclarecedor es el hecho de que cada cláusula pueda por sí sola ser objeto de un testamento independiente en un buen número de casos, tal y como lo han recogido, entre otros, D'AVANZO, W., *Delle Successioni*, T. II, G. Barbèra Editores, Florencia, 1.941, pág. 642; BIONDI, B., *Autonomia delle Disposizioni ed Inquadramento del Testamento nel Sistema Giuridico*, en FI, 1.949, págs. 566 y ss.; BARASSI, *Le Successioni per...*, cit., págs. 304 y ss.; ALLARA, M., *Principi*

sucesión testada¹⁹².

Este principio de la expansividad tiene su limitación en el propio artículo 1.419 del Código civil italiano, toda vez que establece (recordemos que el artículo se dicta dentro del ámbito de los contratos) que la nulidad de una cláusula o de parte de ella llevará a la nulidad del contrato en su conjunto en el caso de que se entienda que no se hubiese formalizado el mismo sin esa cláusula¹⁹³. Esta disparidad de criterios recogida en el artículo 1.419, declarando unas veces nulo el negocio y en otros casos propugnando la nulidad parcial, hace que haya que contemplarse, en el Derecho italiano, cada supuesto concreto con sus peculiaridades propias para poder determinar en qué casos se entiende como concurrente la nulidad total y en cuáles se aplica la nulidad parcial, con las dificultades que la ausencia de una única forma de actuar unida a la gran casuística fruto de la autonomía de la voluntad conllevan.

El único límite que se puede establecer de forma segura es el hecho de que para que se pueda aplicar el principio *“utile per inutile non vitiatur”* es necesario que la nulidad no afecte a un elemento esencial del negocio o a un elemento sin el que el negocio no pudiera pervivir, tal y como ha venido recogiendo en diversas sentencias la Corte Suprema de Casación¹⁹⁴.

El propio artículo 1.419 del Código civil italiano determina dos reglas para la aplicación bien de la nulidad total, bien de la nulidad parcial: a) aquella basada en la

di Diritto Testamentario, Editorial Giappichelli, Turín, 1.957, págs. 11 y ss.; o lo dicho por GIAMPICCOLO, G., *Il Contenuto Atipico del Testamento. Contributo ad una Teoria dell'Atto di Ultima Volontà*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.954, págs. 5 y ss.

En esta misma línea la imposibilidad de dictar un nuevo testamento una vez abierta la sucesión lleva también a la preferencia de la conservación del negocio en la medida de lo posible, como lo han entendido: ALLARA, *Il Testamento*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.934, págs. 111 y ss.; o TRABUCCHI, A., *Il Dolo Nella Teoria dei Vizi del Volere*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.936, págs. 277 y ss.

¹⁹² A este respecto vid. MOSCO, L., *Principi Sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.952, págs. 132 y ss.

¹⁹³ En esta línea se puede consultar lo dicho por BOLOGNA, ob. cit., pág. 1.108.

¹⁹⁴ Ver, entre otras, las Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 12 de Febrero de 1.957, de 12 de Junio de 1.965, de 12 de Mayo de 1.967, de 14 de Febrero de 1.974 o de 1 de Abril de 1.977.

voluntad de los contratantes, que sería la voluntad del testador en nuestro caso, (recogido en el primer párrafo del citado artículo), por cuanto en función de la voluntad de haber concluido o no el negocio sin la parte nula devendrá nulo total o parcialmente; b) el de aquellos negocios en que una norma imperativa sustituya la parte nula o no (que tiene su reflejo en el segundo párrafo de dicho artículo), dado que de no existir ésta el negocio devendrá totalmente nulo y, en caso contrario, se aplicará la nulidad parcial.

Si bien, el artículo 1.419 recoge, para la conservación de los negocios, lo referente a la voluntad real de los contratantes, parece más lógico pensar que la norma que debe aplicarse, en primer lugar, es la referente a la posible sustitución de la parte nula por normas imperativas, al tener ésta su base en la imperatividad de la ley, no puede, por tanto, quedar sometida a la libre voluntad de las partes, por lo que debe ser, en estos casos, indistinta dicha voluntad¹⁹⁵.

De acuerdo con lo anterior, y en cuanto al alcance de la nulidad del negocio se refiere, debe entenderse que sólo en los casos en que no exista una norma imperativa aplicable entrará en juego lo referente a la voluntad de las partes. Queda, por tanto, la nulidad, bien total o bien parcial, sujeta a un criterio meramente subjetivo¹⁹⁶, lo que nos lleva al problema de la determinación de dicha voluntad, máxime en el caso del testamento en el que el testador ya no podrá transmitirnos la misma en el momento de la interpretación de la disposición "*mortis causa*". Las citadas peculiaridades del negocio testamentario hacen que la función del juzgador sea la de buscar la realización de la voluntad del testador de manera que se entienda que realmente son los deseos de éste.

¹⁹⁵ Así lo ha recogido la Corte Suprema de Casación en Sentencias de 10 de Junio de 1.943 y de 5 de Mayo de 1.952, y algunos autores, como CARNELUTTI, F., *Tentativo Contrattuale*, en FI, 1.948, col. 240; o FEDELE, A., *Commentario al C.c.*, dirigido por D'AMELIO, T. I, Milán, 1.948, pág. 153.

¹⁹⁶ Vid., entre otros autores, lo dicho por MOSCO, *La Conversione del Negozio Giuridico*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.947, págs. 271 y ss.; y BETTI, *Teoría General...*, cit., pág. 361. Así, puede verse también lo recogido en la Sentencia de la Corte Suprema de 7 de Junio de 1.948.

Debemos recordar que el propio Código civil italiano (art. 1.367) recoge el principio de la conservación del negocio, por lo que deben agotarse las posibilidades de mantener la validez del negocio¹⁹⁷, en todo o en parte, antes de declararlo nulo.

Parece prevalecer la idea de que la nulidad parcial es la regla general, por lo que la nulidad total es la excepción, con la consecuencia, en la práctica, de que debe ser el que pretenda la nulidad total del negocio o testamento el que tenga la carga de la prueba. Asimismo, la nulidad parcial podrá ser declarada de oficio, mientras que la total necesitará de una sentencia firme que la declare, tras haberse seguido el preceptivo expediente judicial¹⁹⁸.

Por su parte, el autor italiano CRISCUOLI¹⁹⁹ divide en tres grupos los artículos del Código civil italiano referentes a la nulidad parcial: normas limitativas, normas reductoras y normas sustantivas.

- ***Las normas limitativas*** establecen, como su propio nombre indica, un límite a la autonomía de la voluntad, con el objetivo de buscar preceptos idóneos a la regulación de los intereses que les son propios.

Este grupo de normas es el más numeroso de los tres, especialmente en lo que se refiere al ámbito sucesorio, y pueden incluirse dentro de este grupo, entre otros, los siguientes preceptos²⁰⁰: artículo 458 (que prohíbe los pactos sucesorios), los artículos 596 a 599 (relativos a la incapacidad para recibir por testamento), el artículo 606 (que regula la nulidad de las disposiciones testamentarias que adolecen

¹⁹⁷ Así lo ha venido recogiendo la doctrina italiana, vid., entre otros, lo dicho por BETTI, *L'Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.949, págs. 3 y ss.; OPPO, G., *Profili dell' Interpretazione Oggettiva del Negozio Giuridico*, Editor Zanichelli, Bolonia, 1.943, págs. 13 y ss.; o MIRABELLI, ob. cit., págs. 231 y ss.

¹⁹⁸ Vid. COVIELLO, ob. cit., pág. 336; o CARIOTA-FERRARA, ob. cit., págs. 300 y 301.

¹⁹⁹ Vid. CRISCUOLI, *La Nullita Parziale...*, cit., págs. 73 y ss.

²⁰⁰ Siguiendo a CRISCUOLI recoge esta clasificación CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 221 y ss. Asimismo puede consultarse la extensa bibliografía allí citada.

de algún defecto formal), los artículos 625, 626, 628, 629 y 632 (relativos a la institución de heredero), los artículos 634 a 637 y el 647 (que hacen referencia a la condición, término y modo), los artículos 651 a 656 y el 673 (en cuanto a los legados), el artículo 679 (que prohíbe la renuncia a la facultad de revocar), el artículo 692 (en lo que se refiere a la sustitución fideicomisaria) y el artículo 713 (referente a la facultad para pedir la partición del caudal hereditario).

Fuera del ámbito del Derecho sucesorio, propiamente dicho, también podemos encontrar normas dentro de este grupo, como pueden ser: los artículos 771, 788, 794 y 795 (en cuanto a las donaciones) o los artículos 957, 1.261, 1.342, 1.350, 1.352, 1.354, 1.355 y 1.462, entre otros muchos (referentes a los contratos).

- ***Las normas reductoras*** establecen la nulidad parcial de una cláusula con fundamento en una reducción o bien de la cantidad del objeto o bien en los efectos que ésta produce. Entre estas normas se puede destacar, entre otros, el artículo 713 del Código civil italiano, que establece los límites temporales que se pueden imponer a la facultad de solicitar la partición.

Hay autores²⁰¹ que han llegado a entender este segundo tipo como incluido dentro de la clasificación anterior, dado su parecido.

- ***Las normas sustantivas*** no se limitan a establecer la nulidad de la cláusula, sino que, además, ordenan la sustitución de la misma por el contenido previsto en la ley. Lo que viene a ser un reflejo de la voluntad del legislador italiano de mantener con vida el negocio jurídico y evitar la nulidad total del negocio en que podría incurrir de no haberse previsto la sustitución de estas cláusulas en el caso de que una de ellas fuese una cláusula esencial.

²⁰¹ A este respecto vid. NICOLÓ, R., *Il Codice Civile. La Costituzione e le Principali Leggi Civili e Commerciali*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.971, pág. 381.

C) DERECHO FRANCÉS.

En el ordenamiento francés todo lo referente a la teoría general de las clases y efectos de la nulidad es fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial, toda vez que el Código civil francés no contiene una completa y bien desarrollada teoría general acerca de la nulidad. Recoge la misma en los artículos 1.304 a 1.314, contenidos bajo el epígrafe “*De l'action en nullité ou en rescision des conventions*”, en la Sección VII, del Capítulo V (“*De l'extinction des obligations*”), del Título III (“*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*”), del Libro III (“*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”)²⁰².

El Derecho francés esencialmente distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa²⁰³, aunque hay algunos autores que a dicha clasificación añaden la figura de la inexistencia²⁰⁴.

El Código civil francés aboga expresamente por la conservación de los negocios y recoge dicho principio²⁰⁵ en su artículo 1.157²⁰⁶, al establecer que

²⁰² Epígrafes que podrían traducirse del siguiente modo: artículos 1.304 a 1.314, contenidos bajo el epígrafe “*De la nulidad o de la rescisión de los contratos*” en la Sección VII, del Capítulo V (“*De la extinción de las obligaciones*”), del Título III (“*De los contratos o de las obligaciones contractuales en general*”), del Libro III (“*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*”).

²⁰³ A este respecto vid., entre otros, MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit Civile*, T. I, Editor Sirey, París, 1.962, pág. 267; DURRY, G., *Rapport Sur l'Inexistence, la Nullité et la Annullabilité des Actes Juridiques en Droit Civil Français*, en *Travaux de la Association Henry Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, T. XIV, París, 1.965, págs. 614 y ss.; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.957, págs. 369 y ss.

²⁰⁴ PLANIOL y RIPERT, ob. y loc. cit. BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, T. III, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, París, 1.908, págs. 256 y ss.

²⁰⁵ Principio que viene rigiendo en el Derecho francés ya desde antiguo, y que fue recogido ya por POTHIER, R. J., *Traité des Obligations* en *Oeuvres de Pothier*, T. I, ordenadas y publicadas por M. Dupin, Béchet Ainé y F. M. Maurice Libraires, París, 1.824 (Reglas 2ª y 3ª de interpretación de las convenciones); o posteriormente por SAVATIER, R., *Cours de Droit Civil*, T. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.949, pág. 71, tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 235.

²⁰⁶ “Article 1.157: Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.”

El artículo 1.157 del Código civil francés podría traducirse por: “*Cuando una cláusula sea susceptible de ser cumplida en dos sentidos, deberá entenderse en el sentido de que podrá producir algún efecto en lugar de entenderse que no podrá producir ninguno.*” (http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civextxt.htm).

cuando no se conozca la voluntad de las partes y una o más cláusulas puedan tener diversas interpretaciones debe optarse por aquella que les permita producir efecto. En cuanto a la nulidad parcial, en el ordenamiento francés, parece ser que no se encuentra tan directamente unida a este precepto, sino que más bien parece estar más relacionada con lo recogido en los artículos 900²⁰⁷ y 1.172²⁰⁸, del mismo texto legal. El primero de ellos establece como regla general la de la nulidad parcial en cuanto a los actos de atribución gratuitos; mientras que el segundo fija como regla general la de la nulidad total en lo referente a los actos de atribución onerosos²⁰⁹.

En cualquier caso, no puede dejarse de lado la importante influencia que ha ejercido la jurisprudencia en el desarrollo de la figura de la nulidad parcial²¹⁰, con sus interpretaciones de los preceptos que venimos señalando que, en la práctica, ha llevado a acercar los regímenes de los actos gratuitos y onerosos²¹¹, optándose, en ambos, por la nulidad parcial en los casos en que la cláusula o cláusulas afectadas no sean esenciales.

Es el máximo respeto a la autonomía de la voluntad el que viene rigiendo las decisiones jurisprudenciales en el ordenamiento francés. En este caso, la

²⁰⁷ “Article 900: Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.”

El artículo 900 del Código civil francés podría traducirse por: “*En toda disposición entre vivos o testamentaria, las condiciones imposibles y las que sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tendrán por no puestas.*” (http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm).

²⁰⁸ “Article 1.172: Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.”

El artículo 1.172 del Código civil francés podría traducirse por: “*Toda condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por la ley será nula, y convertirá en nula la obligación que dependa de ella.*” (http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm).

²⁰⁹ No puede dejarse de reseñar que pese a esta aparente promulgación de la nulidad total como regla general en los actos de atribución onerosos ha habido leyes posteriores al Código civil francés que han optado por usar como regla de aplicación general la nulidad parcial, como puede ser el caso de la “*Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*” y las normas que la desarrollan.

²¹⁰ Con la aplicación de la causa impulsiva y determinante, con los problemas que ello ha conllevado.

²¹¹ Vid., entre otros, por MARTY y RAYNAUD, ob. cit., pág. 241; o GANDOLFI, G., *Nullità Parziale e Dimensione Ontologica del Contratto*, en RTDPC, 1.991, pág. 1.061.

jurisprudencia debe tener en cuenta si la cláusula o cláusulas afectadas de nulidad fueron la causa esencial y directa que dio origen al negocio o no.

En cuanto a las cláusulas testamentarias propiamente dichas, con independencia de que sean condicionales u obligacionales, debemos incluirlas, como regla general²¹², bajo la regulación del artículo 900 del Código civil francés.

La jurisprudencia francesa ha entendido que en el caso de actos complejos estos deben regirse por el principio de la divisibilidad. En virtud de dicho principio debe entenderse que los vicios de una de las partes del negocio no afectarán al resto en aquellos casos en que la autonomía e independencia de las partes que lo componen sea evidente. En caso contrario, la nulidad afectará al acto o negocio en su conjunto.

En el ámbito testamentario, en relación a estos actos complejos, podemos encontrarnos con los conocidos como testamentos complejos, es decir, aquellos testamentos que además de disposiciones por causa de muerte propiamente dichas contienen otro tipo de disposiciones, pero que tienen cabida legal dentro de los testamentos. A estos testamentos deberá aplicarse el mismo criterio de la divisibilidad y la no afectación de los vicios de unas cláusulas a otras²¹³.

En la línea de la nulidad parcial no debemos dejar de hacer mención a los casos en que la ley establece límites legales en cuanto a las disposiciones de las partes y estas los exceden, interviniendo, a modo de “nulidad parcial”²¹⁴ la figura de

²¹² Como toda regla tiene sus excepciones, como pueden ser: la estipulación de desheredación, la penal o la revocatoria, tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 238 y ss. Así como las obras allí citadas.

²¹³ Casos evidentes en los que la nulidad de una cláusula no debe afectar a las otras son, por ejemplo: la existencia de diversos legados o la existencia de una cláusula por la que se produzca el reconocimiento de un hijo.

²¹⁴ El Derecho francés establece esta figura como una forma de nulidad parcial, en esta línea se pronuncian, entre otros, PERRIN, J., *Essai Sur la Réductibilité des Obligations*, París, 1.905, págs. 332 y ss.; DIJOL, M., *La Nullité des Contrats Lésionnaires*, Editado por Sirey, Montpellier, 1.919, págs. 107 y 108; o TANAGHO, S., *De la Obligation Judiciaire. Étude Morale et Technique de la Révision du Contrat par le Juge*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.965, pág. 7.

la reducción.

No existe en el Derecho francés una norma general que regule esta figura, lo que sí podemos encontrarnos es con normas concretas que obligan a esta reducción. En estos casos debe aplicarse igualmente el criterio anteriormente reseñado de la divisibilidad y valorase si las partes los hubiesen realizado igualmente sin la parte reducida. En caso contrario, en lugar de la nulidad parcial o reducción, deberá optarse por la nulidad total del negocio.

La declaración de nulidad tiene que ser solicitada ante el juez por persona legitimada para ello y dentro de los plazos legalmente establecidos. Sobre si son plazos de prescripción los de la acción de nulidad existen discrepancias dentro de la doctrina francesa; por un lado nos encontramos con los autores clásicos que defienden la imprescriptibilidad de la acción y, por otro, algunos autores modernos que defienden su prescriptibilidad, aunque hacen depender este plazo del de la acción en que se pretenda basar la nulidad²¹⁵.

De lo que no hay duda es de que para que la nulidad produzca sus efectos tiene que ser declarada en sentencia judicial firme²¹⁶. Decretada la nulidad judicialmente, los efectos²¹⁷ de esta se retrotraen al momento del otorgamiento del negocio o acto jurídico declarado nulo, lo que a su vez puede entenderse como un carácter preventivo de este tipo de negocios nulos.

²¹⁵ A este respecto puede acudirse a lo dicho, entre otros, por: PONSARD, A. y BLONDEL, P., *Nullité*, en *Encyclopédie Dalloz*, T. VI, Editado por Dalloz, París, 1.993, págs. 6 y ss.; o JAPIOT, R., *Des Nullités en Matière d'Actes Juridiques*, Editado por Arthur Rousseau, París, 1.909, págs. 814 y ss.

²¹⁶ Tal y como lo recogen, entre otros, MAZEAUD, H. R. J., *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española de ALCALÁ-ZAMORA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.960, págs. 337 y ss.; JAPIOT, ob. cit., págs. 393 y ss.; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., págs. 416 y ss.; MARTY, y RAYNAUD, ob. cit., pág. 267; DURRY, ob. cit., págs. 617 y ss.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción española y notas de DE BUEN, T. VIII, Editorial Reus, Madrid, 1.957.

²¹⁷ Vid. a este respecto lo dicho por, entre otros, MAZEAUD, ob. cit., págs. 337 y ss.; WEILL, A. y TERRÉ, F., *Droit Civil; les Obligations*, Editorial Dalloz, París, 1.975, pág. 355; o PONSARD y BLONDEL, ob. cit., pág. 1.

D) DERECHO ANGLOSAJÓN.

El sistema anglosajón basado en la casuística y los antecedentes lo hace totalmente distinto a los sistemas continentales recogidos en los apartados precedentes y al propio sistema español.

En lo que se refiere a los casos de invalidez, al igual que ocurre con el resto de figuras del ordenamiento británico visto desde la perspectiva de los ordenamientos continentales y de su regulación en códigos, es difícil establecer con claridad los principios y límites de dichas figuras²¹⁸, lo que puede llegar a darnos la sensación de que dicho ordenamiento se halla lleno de contradicciones, al dar soluciones particulares para cada caso en concreto, lo que puede dar una sensación de inseguridad jurídica.

En el sistema anglosajón el origen de la nulidad puede estar basado en la violación de los principios generales del Derecho o bien en la violación de lo establecido en una ley o reglamento concreto, lo que dará lugar a una responsabilidad extracontractual regida por el sistema de “*torts*”.

Pese a esta teórica incertidumbre en los límites y principios, de lo que no cabe duda es de que en el ordenamiento anglosajón los actos también pueden ser nulos o anulables.

En esta línea, también se ha llegado a reconocer la cabida de la figura de la nulidad parcial²¹⁹, que ya ha sido recogida en diversos casos en el ámbito negocial. En éste ordenamiento no llega a la categoría de principio general, y encuentra su

²¹⁸ De hecho, el encuadre de algunos de los tipos no está exento de dudas y discusiones, ya que cabe su encaje en diferentes grupos, tal y como lo recoge RUÍZ MUÑOZ, ob. cit., pág. 66.

²¹⁹ Vid., entre otros, JENKS, E. (*Digeste de Droit Civile Anglais*, T. I, traducción francesa de BAUMANN y GOULÉ, París, 1.923, págs. 59 y ss.), donde además se recogen diversos casos en que ya ha sido aplicada, tales como: *Morris vs. Saxelby*, *Attwoud vs. Lamont*, *Bank of Australia vs. Brenllat*. El citado autor, también admite expresamente la posibilidad de la revocación parcial del instrumento testamentario.

justificación de base en el régimen de las anomalías²²⁰, en pro de los intereses de una de las partes, pero deja a un lado los casos específicos en que concurre algún tipo de ilegalidad²²¹.

E) DERECHO SUIZO.

El Derecho suizo, que se aleja de lo recogido por el Derecho alemán²²² y se aproxima a lo recogido en el Derecho común y en el Derecho italiano, recoge expresamente en el artículo 20 del Código federal de obligaciones²²³ la nulidad parcial como figura dentro del ámbito de los negocios jurídicos.

Este precepto, que recoge conjuntamente en sus apartados tanto la regulación de la nulidad total como la de la parcial, establece la preeminencia como régimen legal dominante el de la nulidad parcial, por lo que deja, por tanto, como de aplicación subsidiaria la nulidad total. En este sentido sigue dejando la regulación de la nulidad sometida al principio de la autonomía de la voluntad, condicionando la supervivencia de la parte del negocio no afectada de nulidad al hecho de que esa y no otra hubiese sido la voluntad de las partes²²⁴. En esta línea puede llegar a

²²⁰ Al igual que ocurre con otras de las figuras dentro del marco de la invalidez que tienen aplicación parcial, como la anulabilidad parcial o la revocación parcial. En este sentido lo recoge JOLOWITZ, J. A., *Droit Anglais*, traducción francesa de SHINDLER-VIGUIE, Editorial Dalloz, París, 1.986, págs. 448 y ss.

²²¹ En estos casos es de aplicación el “*blue ink pen*” o teoría del lápiz azul, que como su nombre propio indica consistía, en su origen, en señalar con un lápiz azul aquellas partes del negocio en cuestión que no fuesen ajustadas a Derecho, tras lo cual, se transcribía el negocio omitiendo, precisamente, esas partes marcadas, de tal modo que se obtenía, como resultado el negocio válido.

²²² Recordemos que el Derecho alemán hace mención a esta regulación en su parágrafo 139 del BGB. Esta diferenciación se manifiesta esencialmente en cuanto a la carga de la prueba de la nulidad se refiere, de tal forma que el Derecho suizo hace recaer la carga de la prueba sobre quien pretenda la declaración de nulidad, mientras que el Derecho alemán la hacía recaer sobre el que pretendiese la declaración de nulidad en su grado de parcial. En cualquier caso, no puede dejarse de lado el hecho de que en ambos ordenamientos la solución al problema de la nulidad parcial radica en el principio de la autonomía de la voluntad. Todo ello, según lo recoge SIMLER, ob. cit., pág. 450.

²²³ El artículo 20 del Código federal de obligaciones recoge literalmente: “*Le contrat est nul s’il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bone moeurs.*”

Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, au moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles.”

interpretarse que podría llegar a aplicarse lo establecido en el párrafo segundo del citado artículo 20 del Código federal de obligaciones a todos los supuestos de nulidad introducidos por el primer párrafo de ese mismo precepto²²⁵.

Reflejo de la importancia del principio de la autonomía de la voluntad en este ámbito, es el hecho de que los jueces deberán decantarse sobre si procede la declaración de nulidad total o parcial en base a la voluntad real de las partes al crear el negocio y cuál hubiese sido la voluntad de estos en el caso de haber conocido la nulidad parcial del negocio otorgado. En este sentido, el propio Código federal de obligaciones recoge, en su artículo 2, la competencia de los jueces para completar aquellos contratos en que las partes no hubiesen regulado aspectos secundarios de éste²²⁶. En cuanto a los testamentos se refiere, los artículos 1 y 2 del Código civil suizo²²⁷ también se pronuncian en esta línea²²⁸.

Como hemos dicho, el artículo 20 del Código federal de obligaciones tiene su origen en el ámbito de los contratos, pero puede aplicarse su regulación, por analogía, a todos los negocios jurídicos²²⁹, incluidos los unilaterales y, por tanto,

²²⁴ Así lo ha entendido GUGGENHEIM, G., *Le Droit Suisse des Contrats*, Editorial George Éditeur, Ginebra 1.991, págs. 127 y ss.

²²⁵ En esta línea vid. TANDONGAN, H., *La Nullité, la Annulation et la Résiliation Partielle des Contrats: Contribution à l'Étude de l'inefficacité Partielle des Actes Juridiques*, Lausana, 1.953, pág. 53.

²²⁶ Vid. PIOTET, P., *De l'invalidité Partielle des Actes Juridiques, Specialment en Cas de Vice du Consentement*, en *Révue de Droit Suisse*, 1.957, pág. 110.

²²⁷ Artículo 1: “A. *Application de la loi.*

1 *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.*

2 *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

3 *Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*”

Artículo 2 : “B. *Etendue des droits civils*

I. *Devoirs généraux*

1 *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.*

2 *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.*”

²²⁸ Vid. PIOTET, P., *Précis de Droit Successoral*, Editorial Staempli & Cie SA, Berna, 1.988, pág. 56.

²²⁹ En esta línea se pronuncian, entre otros, MEYER, F., *Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, Basel, 1.949, págs. 49 y 184; TANDONGAN, ob. cit., págs. 54 y ss.; SIMLER, ob. cit., págs. 439 y 440; y PIOTET, *De l'Invalidité Partielle...*, cit., pág. 114.

también al testamento, siempre que sea compatible con la propia naturaleza de cada uno de ellos.

F) DERECHO HOLANDÉS.

Bajo el Derecho holandés tienen capacidad para testar los mayores de dieciséis años y los menores casados que no sufran incapacidad mental alguna; con la salvedad de que el sucesor debe existir en el momento en que se abra la sucesión, entendiéndose por existentes los hijos no nacidos del causante.

El Derecho holandés recoge cuatro tipos de testamentos: notarial (autorizado por un notario (art. 4.94²³⁰); informal (firmado por el testador en cada hoja si no está escrito de su puño y letra, sólo al final si lo está, y entregado al notario, en forma abierta o cerrada, el cual autoriza un acta de depósito, tal y como recoge el artículo 4.95²³¹); codicilo (con los mismos requisitos formales que el testamento

²³⁰ Artículo 4.94: “*Behoudens hetgeen in de artikelen 97-107 is bepaald, kan een uiterste wil alleen worden gemaakt bij een notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte.*”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4.94: “*Testamento notarial o testamento ológrafo.*
A excepción de lo previsto en los artículos 4:97 a 4:107, un testamento sólo puede otorgarse en escritura pública o por instrumento privado en cual quedará bajo la custodia de un notario.”

²³¹ Artículo 4.95:

“1.Een onderhandse uiterste wil kan niet geldig worden gemaakt door hem die door onkunde of door andere oorzaken niet in staat is geweest de uiterste wil te lezen.
2.Een bij onderhandse akte gemaakte uiterste wil moet door de erflater zijn ondertekend. Is de uiterste wil door een ander dan de erflater of met mechanische middelen geschreven, en bestaat de wil uit meer dan één bladzijde, dan moet iedere bladzijde zijn genummerd en door de handtekening van de erflater zijn gewaarmerkt.
3.Een onderhandse uiterste wil wordt door de erflater aan een notaris ter hand gesteld. De erflater moet daarbij verklaren dat het aangeboden stuk zijn uiterste wil bevat en dat aan de vereisten van het vorige lid is voldaan. Indien het stuk gesloten wordt aangeboden, kan de erflater bij de aanbidding tevens verklaren dat het stuk slechts mag worden geopend, indien bepaalde door hem genoemde voorwaarden op de dag van zijn overlijden zijn vervuld.
4.Van de bewaargeving en de verklaringen van de erflater maakt de notaris een akte op die door de erflater en de notaris wordt ondertekend.
5.Wanneer de erflater verklaart dat hij door een met name door hem genoemde, na de ondertekening van de uiterste wil opgekomen oorzaak verhinderd wordt de akte van bewaargeving te ondertekenen, vervangt die verklaring zijn ondertekening van de akte van bewaargeving, mits zij daarin wordt opgenomen.
6.De onderhandse uiterste wil blijft berusten onder de minuten van de notaris die deze akte heeft ontvangen.”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4.95: “*Testamento ológrafo.*

ológrafo pero con el límite de que con él sólo se puede disponer de legados de ropa, joyas y muebles (art. 4.97²³²); y público (militar, art. 4.98²³³, marítimo y

-
1. Una persona que no sea capaz de leer su declaración de última voluntad por desconocimiento u otra causa no puede otorgar un testamento ológrafo válido.
 2. Un testamento ológrafo deberá ser firmado personalmente por el testador. Cuando un testamento ológrafo (última voluntad hecha por documento privado) contenga más de una página y esté escrito por medios mecánicos o por persona distinta al testador, cada página deberá estar numerada y certificada con la firma del testador.
 3. Un testamento ológrafo debe ser entregado por el testador a un notario. El testador debe declarar, al hacerlo, que el documento presentado contiene su última voluntad y que los requisitos del apartado anterior se han cumplido. Cuando el instrumento privado se presenta en un sobre cerrado o en otra forma cerrada, el testador también podrá declarar, cuando lo entrega al notario, que el citado testamento sólo podrá abrirse solamente si el día de su muerte se han cumplido determinadas condiciones.
 4. El notario redacta un acta notarial de custodia de las declaraciones hechas por el testador y de la custodia, la cual será firmada por el testador y el notario.
 5. Cuando el testador declare que no es capaz de firmar la escritura notarial mencionada en el párrafo anterior debido a un hecho específico que se produjo después de que él otorgase el documento privado que contiene su testamento ológrafo, esta declaración sustituye a su firma en el acta notarial de custodia, siempre que esté incluido en ese documento notarial de custodia.
 6. Un testamento ológrafo permanecerá bajo la custodia del notario que recibió el documento privado que contiene esa declaración última voluntad.”

²³² Artículo 4.97: “Bij een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk kunnen zonder verdere formaliteiten beschikkingen worden gemaakt tot:

a. het maken van legaten van:

1°. kleren, lijfstoebehoren en bepaalde lijfsieraden;

2°. bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken;

b. bepaling dat goederen, bedoeld onder a, buiten een huwelijksgemeenschap vallen;

c. aanwijzing van een persoon als bedoeld in artikel 25, tweede en vierde lid, van de Auteurswet en artikel 5, tweede lid, van de Wet op de naburige rechten.”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4.97: “Codicilo.

Las siguientes disposiciones testamentarias se pueden hacer por medio de un documento, sin requisitos formales adicionales, siempre que el testador haya escrito este documento totalmente a mano y que esté fechado y firmado por él personalmente:

a. la realización de una donación de:

1°. ropa y concreta joyería personal;

2°. concretos enseres domésticos y libros;

b. una disposición por la cual los bienes, recogidos en el punto (a), deberán permanecer fuera de una comunidad matrimonial de bienes entre el legatario y su cónyuge;

c. la designación de una persona de las recogidas en el artículo 25, segundo y cuarto párrafo de la Ley de Propiedad Intelectual y el artículo 5, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Intelectual Conexos Derechos.”

²³³ Artículo 4.98:

“1.In geval van oorlog of burgeroorlog kunnen militairen en andere tot de krijgsmacht behorende personen een uiterste wil maken ten overstaan van een officier van de krijgsmacht.

2.Ook buiten het geval van oorlog of burgeroorlog kan op deze wijze een uiterste wil worden gemaakt door militairen en andere personen, die behoren tot een gedeelte van de krijgsmacht dat is aangewezen:

a. ter deelneming aan een militaire expeditie;

b. ter bestrijding van een vijandelijke macht;

c. ter handhaving van de onzijdigheid van de Staat;

d. tot enig optreden hetzij tot collectieve of individuele zelfverdediging, hetzij tot handhaving of herstel van de internationale orde en veiligheid; of

e. ter voldoening aan een vordering van het bevoegde gezag in geval van oproerige beweging.

3.In krijgsgevangenschap kan in plaats van een officier ook een onderofficier optreden.

aeronáutico, art. 4.101²³⁴, ambos del Código civil).

En cuanto a la ineficacia del testamento, ésta puede producirse por la revocación del testamento o por la nulidad de éste.

La revocación puede ser tanto explícita como implícita. La primera de ellas, la explícita, debe hacerse bien en testamento o bien en escritura pública. La segunda, la implícita, consiste en el otorgamiento de un nuevo testamento, posterior, contrario al anterior.

En cuanto a otras formas concretas de revocación, vamos a citar algunas características de algún tipo concreto de testamento. En el caso del testamento informal, por ejemplo, la devolución del testamento por parte del Notario al testador

4. Officieren en onderofficieren mogen hun medewerking slechts verlenen, indien de erflater zich niet tot een bevoegde notaris of consulaire ambtenaar kan wenden. Niet-inachtneming van dit voorschrift schaaft de geldigheid van de uiterste wil niet.”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4:98: “Testamento otorgado en situación de emergencia.

1. Los soldados y otras personas en las fuerzas armadas pueden, en caso de guerra o de guerra civil, otorgar testamento ante un oficial de las fuerzas armadas.
2. Los soldados y otras personas en las fuerzas armadas puede también en otras situaciones distintas al caso de una guerra o guerra civil otorgar un testamento en la forma como se menciona en el párrafo anterior, siempre y cuando pertenezcan a una parte de las fuerzas armadas que tiene ha asignado:
 - a. para participar en una expedición militar;
 - b. para luchar contra el ejército del enemigo;
 - c. para proteger la neutralidad del Estado;
 - d. a participar en una acción ya sea en defensa propia de las bases colectivas o individuales, o para mantener o restablecer el orden y la seguridad internacional, o;
 - e. a cumplir una orden de la autoridad competente en caso de disturbios y rebeliones.
3. A los efectos del párrafo anterior, un oficial puede ser reemplazado en caso de prisioneros de guerra por un suboficial.
4. A los oficiales y suboficiales sólo se les permite prestar su cooperación si el testador no puede ponerse en contacto con un notario competente o funcionario consular. La inobservancia de esta disposición no afecta a la validez del testamento.”

²³⁴ Artículo 4.101: “Zij die zich op een reis aan boord van een zeeschip of luchtvaartuig bevinden, kunnen een uiterste wil maken ten overstaan van de gezagvoerder of de eerste officier, of bij gebreke van deze personen ten overstaan van hem die hun plaats vervult.”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4:101: “Buque y aviones.

Las personas que, al realizar un viaje, se alojen en un barco en alta mar o en una aeronave pueden hacer un testamento ante el capitán o el piloto o ante primer oficial o, cuando esta persona esté ausente, frente a una persona que ocupe su lugar.”

provoca la revocación de este tipo de testamentos. En cuanto al codicilo su destrucción lleva aparejada la revocación del mismo.

Existe también la posibilidad de una revocación parcial, como en el caso de que se enajene el objeto de una disposición, en cuyo caso sólo se revocaría dicha disposición.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, en el Derecho holandés, la revocación de un testamento no provoca la reviviscencia de los que éste revocase.

En cuanto a la nulidad, será nulo todo testamento contrario a la ley o al orden público (art. 4.44²³⁵); el hecho sin capacidad para testar (art. 4.55²³⁶); el otorgado bajo coacción, salvo que, implícita o explícitamente, sea confirmado por el coaccionado posteriormente; el otorgado con defectos de forma; o el que establece

²³⁵ Artículo 4.44:

*“1.Een uiterste wilsbeschikking waarvan de inhoud in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
2.Eveneens is een uiterste wilsbeschikking nietig, wanneer voor deze een in de uiterste wil vermelde beweegreden die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, beslissend is geweest.”*

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4.44: *“Declaración de última voluntad que vaya en contra de la moral o el orden público.*

*1. Un testamento es nulo y sin efecto si su contenido es contrario a la moral o al orden público.
2. Un testamento es nulo y sin efecto si un motivo decisivo para su otorgamiento es contrario a la moral o al orden público, siendo necesario para ello que dicho motivo venga expresamente recogido en el testamento.”*

²³⁶ Artículo 4.55:

*“1.Behalve zij die handelingsbekwaam zijn, kunnen ook minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt, en zij die op een andere grond dan wegens een geestelijke stoornis onder curatele zijn gesteld, uiterste wilsbeschikkingen maken.
2.Hij die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, kan slechts met toestemming van de kantonrechter uiterste wilsbeschikkingen maken. De kantonrechter kan aan zijn toestemming voorwaarden verbinden.
3.De bekwaamheid van de erflater wordt beoordeeld naar de staat, waarin hij zich bevond op het ogenblik dat de beschikking werd gemaakt.”*

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4.55: *“Capacidad legal para otorgar una declaración de última voluntad.*

*1. Un testamento puede ser otorgado por las personas que en general tengan capacidad legal para realizar actos jurídicos, así como por los menores de edad que hayan cumplido la edad de dieciséis años y las personas que están sometidas a curatela por razón distinta a un trastorno mental.
2. Una persona bajo curatela a causa de un trastorno mental sólo puede otorgar testamento con la autorización de los tribunales. El tribunal puede someter su autorización a condiciones adicionales.
3. La capacidad legal del testador se determinará sobre la base de su estado mental en el momento en que otorga su declaración de última voluntad.”*

vinculación, inenajenabilidad, de los bienes (art. 4.45²³⁷).

De lo que no cabe duda es de que el Derecho holandés admite la figura de la nulidad parcial, al recoger expresamente diversos artículos que abogan por esta solución, como, por ejemplo: 4.43, 4.45 o 4.52²³⁸.

En cuanto a la carga de la prueba de quien alega la causa de nulidad debe recaer, como en nuestro ordenamiento, en aquel que la alega.

²³⁷ Artículo 4.45:

“1.Een voorwaarde of een last die onmogelijk te vervullen is, of die in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetsbepaling, wordt voor niet geschreven gehouden. De beschikking waaraan de voorwaarde of de last is toegevoegd, is nietig, indien deze de beslissende beweegreden tot die beschikking is geweest.

2.Een voorwaarde of last die de strekking heeft de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten, wordt voor niet geschreven gehouden.”

Que podría traducirse del siguiente modo:

Artículo 4:45: “Condiciones no válidas y obligaciones testamentarias en una declaración de última voluntad

1. Cuando exista en un testamento una condición u obligación imposible de cumplir o que sea contraria a la moral pública, el orden público o una norma imperativa, se considerará como no escrita. Tal condición u obligación no hace que el testamento en si considerado sea nulo ni anulable, a menos que dicha condición u obligación fuera el motivo que llevó al testador a otorgar dicho testamento.

2. Cuando exista una condición u obligación en un testamento que implique necesariamente la exclusión (eliminación) del poder de disposición de una persona sobre bienes (derecho a transmitir la propiedad), se considerará como no escrita.”

²³⁸ Artículo 4.43:

“1.Een uiterste wilsbeschikking is niet vatbaar voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen.

2.Een uiterste wilsbeschikking, gemaakt onder invloed van een onjuiste beweegreden, is slechts dan vernietigbaar, wanneer de door de erflater ten onrechte veronderstelde omstandigheid die zijn beweegreden tot de beschikking is geweest, in de uiterste wil zelf is aangeduid en de erflater de beschikking niet zou hebben gemaakt, indien hij van de onjuistheid dier veronderstelling had kennis gedragen.

3.Een uiterste wilsbeschikking kan niet op grond van bedreiging, bedrog of een onjuiste beweegreden worden vernietigd, wanneer de erflater haar heeft bevestigd nadat de invloed van de bedreiging heeft opgehouden te werken of het bedrog of de onjuistheid van de beweegreden is ontdekt.

Artículo 4.52: “Een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op het tijdstip van het maken van de uiterste wil gehuwd was of reeds trouwbeloften gewisseld had, vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding of scheiding van tafel en bed, tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel is af te leiden.”

Que podrían traducirse del siguiente modo:

G) DERECHO PORTUGUÉS.

El Derecho portugués, por su parte, si bien requiere que el testador sea mayor de dieciocho años o menor emancipado y que éste no se vea afecto por incapacidad mental declarada judicialmente (art. 2.189²³⁹), no exige que el mismo sepa ni leer ni escribir, salvo para otorgar testamento cerrado, en cuyo caso bastará con que sepa leer (art. 2.208²⁴⁰).

El Derecho portugués distingue entre testamento ordinario (abierto o cerrado) y especiales (militar, marítimo y aeronáutico, y en tiempo de calamidad pública) y prohíbe los testamentos mancomunados y por comisario (art. 2.033²⁴¹).

Al igual que en nuestro ordenamiento, para la interpretación del testamento hay que buscar aquella que sea más acorde con la voluntad real del testador.

Artículo 4.43: “Testamento viciado (intención).

1. Un testamento no puede ser declarado nulo debido a que se ha hecho bajo la influencia de un abuso de las circunstancias.

2. Un testamento hecho bajo la influencia de un motivo erróneo sólo puede ser declarado nulo cuando el hecho que el testador asumió falsamente que existía y el cual le movió a hacer la disposición viene expresamente recogido en la declaración de última voluntad y el testador no hubiese hecho esta disposición si hubiera sabido que dicha circunstancia era incorrecta.

3. Un testamento no puede ser declarado nulo por motivos de amenaza, fraude o error cuando el testador ha confirmado su testamento después de que la influencia de la amenaza hubiese cesado o después de que el motivo de fraude o error hayan sido descubiertos.”

Artículo 4:52: “Disposición a favor de cónyuge y posterior divorcio o separación legal. Una disposición testamentaria, hecha a favor de la persona con quien el testador estaba casada en el momento en que otorgó su declaración de última voluntad o hacia la persona a la que ya había hecho una promesa de matrimonio en el momento del otorgamiento, se extingue por el posterior divorcio o separación legal, a menos que lo contrario se pueda deducir del testamento otorgado.”

²³⁹ Artículo 2.189: “(Incapacidade)

São incapazes de testar:

- a) Os menores não emancipados;
- b) Os interditos por anomalia psíquica.”

²⁴⁰ Artículo 2.208: “(Inabilidade para fazer testamento cerrado)

Os que não sabem ou não podem ler são inábeis para dispor em testamento cerrado.”

²⁴¹ Artículo 2.033: “(Princípios gerais)

1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.

2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade:

- a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão;
- b) As pessoas colectivas e as sociedades.”

En cuanto a las causas por las que un testamento puede resultar ineficaz podemos decir, de forma muy sucinta, que son: la revocación, la nulidad y la caducidad.

La revocación es una manifestación del carácter esencialmente revocable del testamento (art. 2.311²⁴²) y puede ser expresa, tácita o presunta (cuando se destruye o se abre el testamento cerrado o cuando se enajena el objeto legado) y puede ser total o parcial.

Las causas de nulidad que recoge el Derecho portugués son: la falta de capacidad del testador, la falta de algún requisito establecido como obligatorio y que se haya usado para testar alguna de las formas no admitidas por el Derecho portugués, como es el caso del testamento ológrafo, el testamento secreto o el mancomunado.

Debe decirse, en cuanto a la nulidad se refiere, que en el ordenamiento portugués también tiene cabida la figura de la nulidad parcial, lo que es evidente toda vez que su propio Código civil recoge diversos supuestos en que se declara la nulidad de una disposición en concreto sin que la misma afecte al resto del negocio testamentario, como es el caso de las cláusulas dispuestas a favor de los médicos o del sacerdote que hubieran atendido al testador durante su última enfermedad (art. 2.194²⁴³), las dispuestas a favor de la persona con la que el testador cometió adulterio (art. 2.196²⁴⁴), o las dispuestas a favor del notario autorizante del

²⁴² Artículo 2.311: “(Faculdade de revogação)

1. O testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento.

2. Tem-se por não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação.”

²⁴³ Artículo 2.194: “(Médicos, enfermeiros e sacerdotes)

É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela.”

²⁴⁴ Artículo 2.196: “(Cúmplice do testador adúltero)

1. É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.

2. Não se aplica o preceito do número anterior:

a) Se o casamento já estava dissolvido, ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão;

b) Se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário.”

testamento, la persona que lo escribió, los testigos y los intérpretes que intervinieron en dicho otorgamiento (art. 2.197²⁴⁵).

En cuanto a la carga de la prueba de la nulidad esta recaerá sobre el que la alega, caducando la acción a los diez años desde que el interesado pudo ejercerla (art. 2.308²⁴⁶).

En cuanto a la caducidad, ésta se produce por la muerte antes de la delación, la indignidad, el divorcio y la repudiación, salvo en los casos de representación (art. 2.317²⁴⁷).

Además, tal y como lo recoge el Código civil en sus artículos 2.199 a 2.203²⁴⁸,

²⁴⁵ Artículo 2.197: “(Intervenientes no testamento)

É nula a disposição a favor do notário ou entidade com funções notariais que lavrou o testamento público ou aprovou o testamento cerrado, ou a favor da pessoa que escreveu este, ou das testemunhas, abonadores ou intérpretes que intervierem no testamento ou na sua aprovação.”

²⁴⁶ Artículo 2.308: “(Caducidade da acção)

1. A acção de nulidade do testamento ou de disposição testamentária caduca ao fim de dez anos, a contar da data em que o interessado teve conhecimento do testamento e da causa da nulidade.

2. Sendo anulável o testamento ou a disposição, a acção caduca ao fim de dois anos a contar da data em que o interessado teve conhecimento do testamento e da causa da anulabilidade.

3. São aplicáveis, nestes casos, as regras da suspensão e interrupção da prescrição.”

²⁴⁷ Artículo 2.317: “(Casos de caducidade)

As disposições testamentárias, quer se trate da instituição de herdeiro, quer da nomeação de legatário, caducam, além de outros casos:

a) Se o instituído ou nomeado falecer antes do testador, salvo havendo representação sucessória;

b) Se a instituição ou nomeação estiver dependente de condição suspensiva e o sucessor falecer antes de a condição se verificar;

c) Se o instituído ou nomeado se tornar incapaz de adquirir a herança ou o legado;

d) Se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento;

e) Se o chamado à sucessão repudiar a herança ou o legado, salvo havendo representação sucessória.”

²⁴⁸ Artículo 2.199: “(Incapacidade acidental)

É anulável o testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da sua declaração ou não tinha o livre exercício da sua vontade por qualquer causa, ainda que transitória.

Artículo 2.200: “(Simulação)

É anulável a disposição feita aparentemente a favor de pessoa designada no testamento, mas que, na realidade, e por acordo com essa pessoa, vise a beneficiar outra.”

Artículo 2.201: “(Erro, dolo e coacção)

É também anulável a disposição testamentária determinada por erro, dolo ou coacção.”

son anulables aquellos testamentos que hayan sido otorgados bajo coacción, incapacidad temporal o engaño, los falsificados o aquellos que contengan errores.

Artículo 2.202: “(Erro sobre os motivos)

O erro, de facto ou de direito, que recaia sobre o motivo da disposição testamentária só é causa de anulação quando resultar do próprio testamento que o testador não teria feito a disposição se conhecesse a falsidade do motivo.”

Artículo 2.203: “(Erro na indicação da pessoa ou dos bens)

Se o testador tiver indicado erroneamente a pessoa do herdeiro ou do legatário, ou dos bens que são objecto da disposição, mas da interpretação do testamento for possível concluir a que pessoa ou bens ele pretendia referir-se, a disposição vale relativamente a esta pessoa ou a estes bens.”

CAPÍTULO III

CAPÍTULO TERCERO

REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS FORALES.

I. BREVE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS FORALES.

A) ARAGÓN.

El Derecho aragonés ha sufrido una reciente modificación en el ámbito de familia y sucesiones con la entrada en vigor, el 23 de Abril de 2.011, del Decreto Legislativo 1/2.011, de 22 de Marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 8/2.010, de 2 de Diciembre de Derecho civil patrimonial, que autorizaba al Gobierno de Aragón para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, aprobase, bajo el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, un Decreto Legislativo que refundiese, entre otras normas: el Título preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y la Ley 1/1.999, de 24 de Febrero, de sucesiones por causa de muerte. Atribuyéndole, además, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que iban a ser refundidos.

Con esta Ley de Derecho civil patrimonial de 2.010, última de las leyes objeto de refundición, se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1.999 y se culmina la entonces anunciada reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación.

En cualquier caso, en cuanto al ámbito de la nulidad testamentaria en general y el de la nulidad parcial testamentaria en particular se refiere la nueva regulación mantiene lo dispuesto en la Ley 1/1.999, de 24 de Febrero, de Sucesiones por causa de muerte, con la salvedad de variar, como veremos, tan sólo la numeración de los artículos.

a) Nulidad del testamento.

Debe fijarse como punto de partida, por lo indicativo del mismo, el propio preámbulo de la derogada Ley 1/1.999, de 24 de Febrero, de Sucesiones por causa de muerte, que ya establecía las limitaciones de la regulación de esta materia en el Derecho común (Código civil) y la necesidad de recurrir a la regulación de los contratos. Decía expresamente el preámbulo:

“La doctrina de la invalidez de los testamentos tiene contornos muy borrosos en el Código Civil, dada la ausencia de un régimen legal propio y el recurso necesario, pero no plenamente satisfactorio, a las normas dictadas para los contratos en este Cuerpo legal. Por ello, ha parecido útil distinguir en esta Ley diversas clases de invalidez de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, y las consecuencias de cada una de ellas, con indicación de las correspondientes acciones. Para la distinción de los casos en que opera una u otra clase de nulidad (la que, por dar lugar a acción imprescriptible, la doctrina acaso prefiera denominar de inexistencia, o aquella otra en que la acción prescribe a los quince años), o bien la anulabilidad, hay que tener en cuenta que los requisitos y formalidades de los testamentos y de la voluntad testamentaria vienen establecidos predominantemente en el Código Civil.”

La Ley 1/1.999, de 24 de Febrero, de Sucesiones por causa de muerte ya recogía claramente, dentro de la categoría de la nulidad, la distinción entre la invalidez del testamento (total) y la invalidez de las disposiciones testamentarias (parcial), dicha diferenciación se mantiene a día de hoy con el Decreto Legislativo 1/2.011, que la recoge en sus artículos 423 y 424, respectivamente.

1. Invalidez del testamento.

1.1. Nulidad

Dentro del concepto general de nulidad en el Ordenamiento aragonés, podemos distinguir entre nulidad radical o insubsanable y el supuesto específico del artículo 423, párrafo 1^a, b del Código del Derecho foral de Aragón (antiguo art. 108, párrafo 1^o, b de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, en adelante, Ley de Sucesiones) y sus excepciones.

- ***En cuanto a la nulidad radical e insanable***, podemos incluir dentro de ella aquellos supuestos en los que el testamento carece de la entidad necesaria para devenir eficaz ni tan siquiera por prescripción o por asentimiento de los legitimados para, en su caso, impugnarlo. El artículo 423, párrafo 1^a, b del Código del Derecho foral de Aragón (art. 108-1.a de la Ley de Sucesiones) regula que:

“Invalidez del testamento.

1. Son nulos:

a. Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.”

Dentro de este grupo se pueden citar: el testamento otorgado por persona menor de catorce años carente de capacidad natural (art. 408.1 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 93-1 de la Ley de Sucesiones), el testamento ológrafo otorgado por menor de edad (art. 408.2 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 93-2 de la Ley de Sucesiones), el testamento mancomunado por un testador con vecindad civil aragonesa y otro que tuviera prohibido por su ley personal esta forma de testar, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho común, (art. 417.2 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 102-2 de la Ley de

Sucesiones), o cuando a uno de los testadores le faltase la capacidad general para testar o específica para una forma de testamento (art. 408.3 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 93-3 de la Ley de Sucesiones), la falta de firma en el testamento ológrafo o la ausencia de notario en los testamentos abierto o cerrado, el testamento mancomunado ológrafo no formalizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código del Derecho foral de Aragón (antiguo art. 96 de la Ley de Sucesiones), o la ausencia de testigos en el testamento notarial cuando la presencia de estos es necesaria por las circunstancias personales del testador (art. 413 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 98 de la Ley de Sucesiones)²⁴⁹.

La infracción de cualquiera de estas normas llevaría aparejada la nulidad radical o insanable del testamento. En este sentido, el artículo 426 del Código del Derecho foral de Aragón (antiguo art. 111-1 de la Ley de Sucesiones) establece como imprescriptible la acción para reclamar la nulidad de estos testamentos.

²⁴⁹ Artículo 408 (antiguo 93): “Capacidad para testar.

1. Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural.
2. Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad.
3. La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente.”

Artículo 411 (antiguo 96): “Testamento mancomunado ológrafo.

1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo.
2. A la muerte del primero de los testadores que fallezca, se averará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese.”

Artículo 413 (antiguo 98): “Testigos en el testamento notarial.

1. En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en un testador o que expresamente lo requieran uno de los testadores o el Notario autorizante.
2. Se considera que concurren circunstancias especiales en un testador cuando éste declara que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí. Si el testador que no sabe o no puede leer es enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.”

Artículo 417 (antiguo 102): “Testadores.

(...)

2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón.”

“La nulidad del testamento contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 423 es imprescriptible, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la usucapión con relación a cada una de las cosas poseídas.”

- **En cuanto al supuesto específico del artículo 423** del Código del Derecho foral de Aragón (antiguo art. 108, párrafo 1º, b) de la Ley de Sucesiones), el citado artículo dispone que:

“Invalidez del testamento.

1. Son nulos

b. Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley. (...)”

En cuanto a los restantes requisitos, al tenerse que diferenciar de los contenidos en el apartado a) de dicho artículo, deben ser aquellos que no sean personales, ni de contenido, ni formales. De tal modo que dentro de ellos podríamos incluir los que hacen referencia al autorizante del testamento (párroco o capellán, funcionario de embajada, etc.) o los circunstanciales (inminente peligro de muerte, guerra, marítimo, etc.).

En lo que se refiere a las excepciones a lo dispuesto en este apartado, el Código del Derecho foral de Aragón, ha mantenido la línea de la Ley aragonesa de querer dulcificar el tenor de dicho precepto en cuanto al rigor de la nulidad, e incluso recoge dos casos que quedan excluidos de la aplicación de dicho artículo, que son: a) aquellos que se refieren a la falta de expresión de la hora, en el caso de que no se haya otorgado ningún otro testamento ese mismo día; b) aquellos con falta de indicación de haberse cumplido con algún requisito o formalidad, en el caso de que pueda demostrarse que los mismos se han cumplido. Así el tenor literal del precepto recoge:

“(...) No obstante, la falta de expresión de la hora del testamento no anulará éste si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha. Tampoco lo anulará la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido.”

En esta misma línea nos podemos encontrar con el artículo 430 del Código del Derecho foral de Aragón²⁵⁰ (antiguo art. 115 de la Ley de Sucesiones) que recoge el principio de *“favor testamenti”* y establece que el testamento nulo por un defecto de forma conservará su validez si reúne las características propias de otro tipo de testamento.

1.2. Anulabilidad.

La anulabilidad viene regulada en el artículo 423, párrafo 2º del Código del Derecho foral de Aragón (antiguo art. 108, párrafo 2º de la Ley de Sucesiones), que regula:

“2. Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave.”

Hay que partir de la base de que el testamento reúne todos los requisitos y formalidades legales exigibles, por lo que el Código del Derecho foral de Aragón establece, como ya hacía la Ley de Sucesiones, como causas de anulabilidad primero, aquellas que tienen su origen en la falta de capacidad natural del testador, y segundo,

²⁵⁰ Artículo 430 (antiguo 115): *“Conversión del testamento nulo.*

1. El testamento nulo por defecto de forma será válido si reúne los requisitos formales de otra clase de testamento.

2. El testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.”

aquellas que tienen su origen en un vicio de la voluntad en el momento del otorgamiento del negocio *“mortis causa”*.

En lo referente a la falta de capacidad natural, en la legislación aragonesa, al igual que en el Derecho común, se parte de la regla general de que las personas poseen la capacidad²⁵¹ para testar, con lo que, la incapacidad es la excepción. De tal manera que toda persona mayor de catorce años no declarada incapaz por sentencia judicial firme podría testar según la legislación aragonesa, lo que supone una presunción *“iuris tantum”* (art. 408 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 93-1 de la Ley de Sucesiones). Es por ello que estos testamentos, a diferencia de los otorgados por las personas declaradas incapaces judicialmente, son anulables y no nulos (art. 423.2 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 108-2 de la Ley de Sucesiones).

En cuanto a los vicios de la voluntad, nos remitimos a lo que se dirá en cuanto al engaño, violencia o intimidación.

Para todos estos supuestos la propia Ley de Sucesiones establece un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de cuatro años (art. 427 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 112 de la Ley de Sucesiones²⁵²). A la vez, fija como límite al ejercicio tanto de la acción de nulidad como de la de anulabilidad el hecho de conocer la causa de la que se irrogaría dicha condición de nulo o anulable del testamento o de cualquiera de sus disposiciones y pese a ello haberlo ejecutado voluntariamente o haber renunciado a dicha acción (art. 428 del Código del Derecho

²⁵¹ Viene regulada la capacidad para testar en el artículo 408 del Código del derecho foral de Aragón (antiguo art. 93.1 de la Ley de Sucesiones), que establece que: *“Capacidad para testar. 1. Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural. 2. Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad. 3. La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente.”*

²⁵² Artículo 427 (antiguo 112): *“Acción de anulabilidad. Siendo anulable el testamento o cualquiera de sus disposiciones, la acción prescribe a los cuatro años a contar desde el fallecimiento del testador.”*

foral de Aragón, antiguo art. 113 de la Ley de Sucesiones²⁵³). Lo que viene a ser reflejo de dos principios esenciales, el de que nadie puede ir contra sus propios actos y el de que la renuncia a un derecho o acción debe entenderse como definitiva.

En esta misma línea, al igual a como lo recoge el Derecho común (art. 675.2 del C.c.), en el Derecho aragonés el testador no puede prohibir la impugnación de un testamento (art. 429 del Código del Derecho foral de Aragón, antiguo art. 114 de la Ley de Sucesiones²⁵⁴).

Como es lógico, los defectos a que se hace referencia en los párrafos anteriores no pueden ser de tal magnitud que impliquen la inexistencia del propio testamento o cláusula.

2. Invalidez de las disposiciones testamentarias.

El propio Código del Derecho foral de Aragón, al igual que hacia Ley de Sucesiones, abre la puerta de forma expresa a la distinción entre nulidad total y nulidad parcial del testamento²⁵⁵, toda vez que regula la segunda en su artículo 424 (antiguo art. 109 de la Ley de Sucesiones), que recoge:

“Invalidez de la disposición testamentaria.

²⁵³ Artículo 428 (antiguo 113): *“Límites en el ejercicio de la acción.*

No puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción.”

²⁵⁴ Artículo 675: *“(…) El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley.”*

Artículo 429 (antiguo 114): *“Inadmisibilidad de la prohibición de impugnar.*

El testador no puede prohibir que sea impugnado su testamento en los casos en que concurra causa de nulidad o anulabilidad.”

²⁵⁵ Ya recogida de forma previa por nuestro Tribunal Supremo en STS de 12 de Noviembre de 1.964, entre otras.

1. *Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.*

2. *Será anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error.*

3. *La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador. Queda a salvo lo dispuesto sobre las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado.”*

Tal regulación viene a completarse con el artículo 425 del Código del Derecho foral de Aragón²⁵⁶ (antiguo art. 110 de la Ley de Sucesiones) que establece una regla de interpretación que nos lleva a mantener la eficacia o validez de una disposición testamentaria siempre que, pese a concurrir un error en su determinación por el testador, el intérprete pueda llegar a la conclusión de qué es lo verdaderamente querido por el otorgante.

b) Revocación e ineficacia.

El Código del Derecho foral de Aragón regula esta materia en los artículos 431 a 438²⁵⁷, contenidos en la Sección II, del Capítulo III, del Título III, del Libro III (que

²⁵⁶ Artículo 425 (antiguo 110): “Error en la indicación de la persona o de los bienes. Si el testador hubiera indicado erróneamente la persona del heredero o del legatario, o los bienes que son objeto de la disposición, pero de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué persona o bienes pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esta persona o a estos bienes.”

²⁵⁷ Artículo 432 (antiguo 117): “Revocación. El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte. Se presume la subsistencia

se corresponden con los artículos 116 a 123 que la Ley de Sucesiones recogía en el Título III, Capítulo III, Sección II). Al igual que el Derecho común, Código del Derecho foral de Aragón, en su artículo 431 (antiguo art. 116 de la Ley de Sucesiones), recoge el principio general de que todas las disposiciones por causa de muerte son esencialmente revocables, con las salvedades de las especialidades contenidas en el ámbito propio de los testamentos mancomunados.

cuando el pacto sucesorio o testamento no tienen contenido patrimonial o éste se limita a sólo una parte del caudal hereditario.”

Artículo 433 (antiguo 118): “*Revocación e ineficacia del pacto o testamento revocatorio.*

- 1. La revocación produce su efecto aunque el pacto o testamento revocatorio sea a su vez revocado o pierda luego su eficacia por cualquier causa.*
- 2. El testamento anterior recobra, no obstante, su fuerza si el testador, al revocar el pacto o testamento posterior, declara ser su voluntad que revivan las disposiciones del primero o si se limita a revocar un testamento meramente revocatorio del anterior.”*

Artículo 434 (antiguo 119): “*Otorgamientos en el mismo día.*

- 1. Si aparecieren dos testamentos de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, se tendrán por no escritas en ambos las disposiciones contradictorias de uno y otro.*
- 2. Si aparecieren un pacto y un testamento de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, prevalecerán las disposiciones contradictorias del pacto sobre las del testamento.”*

Artículo 435 (antiguo 120): “*Inutilización del testamento cerrado.*

- 1. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.*
- 2. Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.*
- 3. Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.*

Artículo 436 (antiguo 121): “*Inutilización del testamento ológrafo.*

El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas que lo autoricen, salvo que se pruebe que los citados hechos ocurrieron sin la voluntad o sin el conocimiento de alguno de los testadores o que han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental.”

Artículo 437 (antiguo 122): “*Supuestos de ineficacia.*

La institución de heredero y el nombramiento de legatario devienen ineficaces, a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer, entre otros, en los siguientes casos:

Si el instituido o nombrado fallece antes que el testador, salvo que haya sustitución legal.

Si la institución o el nombramiento estuvieran sujetos a condición suspensiva y el sucesor falleciere antes de que la condición se cumpla.

Si el instituido o nombrado se torna incapaz de adquirir la herencia o el legado, salvo que haya sustitución legal.

Si el llamado a suceder repudia la herencia o el legado.”

Artículo 438 (antiguo 123): “*Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación.*

Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.”

Artículo 431 (antiguo art. 116): *“Facultad de revocación.*

1. Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables. Queda a salvo lo establecido para las correspectivas del testamento mancomunado.

2. El testador no puede renunciar la facultad de revocar, en todo o en parte, su testamento.

3. Se tendrá por no escrita cualquier cláusula que contraríe la facultad de revocación, como la derogatoria de disposiciones futuras o aquélla en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no lo hiciere con ciertas palabras o señales.

4. La revocación de un testamento no afectará a la validez y eficacia, en su caso, del reconocimiento de hijos no matrimoniales.”

B) BALEARES.

En la regulación foral de Baleares podemos encontrarnos con diversas figuras que, respecto a lo que recoge el Derecho común, podrían llegar a considerarse como especialidades en materia de revocación y nulidad testamentaria.

- Donación universal.

Establece el artículo 10 de la Compilación balear que: *“La donación universal revoca los testamentos y codicilos anteriores del donante. Los posteriores sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación. El llamado como heredero de éstos tendrá el carácter de instituido en cosa cierta y determinada y será considerado como legatario.”*

Recoge una forma de revocar los testamentos no incluida en el Ordenamiento general, como es la donación universal, que además lleva aparejada la posibilidad de plantearse qué ocurre cuándo concurren testamento y donación universal. Aunque, a este respecto, entendemos que el propio artículo se encarga de dejar resuelta la concurrencia entre ambos.

El efecto revocatorio es indudable cuando se trata de testamentos anteriores, tal y como se recoge en el citado artículo 10 de forma expresa, y al ser un negocio jurídico de contenido sucesorio, aunque no se incluyese en el citado artículo, es lógico que se le apliquen las reglas de las disposiciones de última voluntad, en el sentido de que el posterior revoca al anterior.

En cuanto a los testamentos posteriores, el propio precepto estudiado establece que sólo serán eficaces en aquellos bienes excluidos o reservados en la donación universal.

- ***La vigencia del codicilo.***

Es otra de las figuras que, no encontrándose ya en vigor en el Ordenamiento general, supone una especialidad, toda vez que el artículo 17 de la Compilación Balear establece que se pueda reformar un testamento por un codicilo, al decir que:

“Mediante codicilo el otorgante puede adicionar o reformar su institución de heredero dictando disposiciones sobre su sucesión a cargo de los herederos abintestato; pero, en ningún caso, puede instituir heredero, revocar la institución anteriormente otorgada o excluir algún heredero de sucesión, establecer sustituciones, salvo las fideicomisarias y las preventivas de residuo, desheredar a legitimarios ni imponer condición al heredero. Podrá no obstante, en el codicilo expresar el nombre del heredero o herederos y determinar la porción en que cada uno de ellos deba entenderse instituido, con las limitaciones establecidas en este artículo. En el codicilo puede establecerse una sustitución vulgar al legatario.”

- ***El heredero distribuidor.***

Es otra figura que admite la Compilación Balear, la cual viene recogida en su artículo 18²⁵⁸. Es aquella persona designada por el testador y encargada de asignar los bienes de la herencia entre parientes, por acto de última voluntad o “*inter vivos*”, así los primeros serán revocables, no así los segundos, tal y como recoge el artículo 19 de la legislación citada²⁵⁹.

C) CATALUÑA.

El Código civil de Cataluña, en su Libro Cuarto (aprobado por la Ley 10/2.008, de 10 de Julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), Título II Capítulo II, bajo la rúbrica de la “*Nulidad e Ineficacia de los Testamentos y de las Disposiciones Testamentarias*”, realiza una sistematización minuciosa de estas figuras en el ordenamiento catalán, toda vez que recoge las

²⁵⁸ Artículo 18: “*El testador podrá encomendar al instituido heredero, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, así como al legatario llamado al usufructo universal de la misma, que por acto inter vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio distribuidor, o elija, entre todos ellos, heredero o herederos, en partes iguales o desiguales resultando excluidos los no elegidos. En todo caso quedarán a salvo las legítimas, las cuales se harán efectivas según disponga el mismo distribuidor de conformidad con esta Compilación.*

El encargo comprenderá las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas.

La distribución o elección han de hacerse libremente o con las condiciones que el testador haya establecido, sin que, en ningún caso, puedan sobrepasarse los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias. Sin embargo, podrán ordenarse por el distribuidor sustituciones vulgares en fideicomiso a favor de personas que estén incluidas en el indicado grupo de parientes.

Las legítimas se defieren, también en estos supuestos, desde el fallecimiento del testador, y se podrán pagar, sin otras formalidades especiales, en dinero, si aquél no lo hubiese prohibido y el distribuidor así lo dispusiere. Sin embargo, si el día en que quede efectuada definitivamente la expresada elección o distribución no se hubiesen exigido aún ni hechas efectivas las legítimas que deban satisfacerse en metálico, se contarán precisamente desde dicho día los plazos a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 48, para comunicar la decisión de pago de las legítimas en dinero y para efectuar su entrega por el heredero o herederos.”

²⁵⁹ Artículo 19: “*La distribución o elección deberán efectuarse por el distribuidor, ya sea indicando expresamente que usa de dicha facultad ya sea adoptando disposiciones que necesariamente impliquen el uso de tal facultad. Las realizadas por acto de última voluntad serán revocables; no así las instrumentadas en acto inter vivos, que necesariamente se formalizarán en escritura pública. El distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona.*

Cuando el heredero distribuidor tenga el encargo limitado, exclusivamente, a la distribución de los bienes entre los parientes que se señalen en el testamento, la herencia debe deferirse en el plazo señalado por el testador para efectuar la distribución y en su defecto, al tiempo de su muerte. En el caso que tenga facultades de elección o elección y distribución al mismo tiempo, la herencia no se deferirá a los parientes hasta que quede efectuada definitivamente la elección o distribución; no obstante, si el elegido o el adjudicatario de los bienes por acto inter vivos renunciase a la elección o adjudicación, el distribuidor podrá de nuevo hacer uso de tales facultades.”

orientaciones del Proyecto de 1.955 y del Código de Sucesiones de Cataluña²⁶⁰ (que es el que realizaba una más minuciosa regulación de estas figuras dentro de los ordenamientos forales).

En cuanto a la citada regulación se puede sistematizar en tres apartados esenciales: el relativo a la nulidad, el referente a la revocación y el que trata de la caducidad.

a) Nulidad.

Las causas de nulidad vienen recogidas en los artículos 422-1 a 422-7, y pueden resumirse en:

- *Falta de tipicidad del testamento.*

Está recogida en el párrafo 1º del artículo 422.1 del Código civil de Cataluña²⁶¹, que establece como nulos todos aquellos testamentos que no se ajusten a los tipos expresamente recogidos en el artículo 421-5 del mismo cuerpo legal²⁶². Establece, de esta manera, un “*numerus clausus*” de testamentos válidos, que son: a) entre los notariales: el abierto y el cerrado; b) entre los no notariales: el ológrafo.

Por lo que debe concluirse que son directamente nulos los testamentos sacramental, el mancomunado, el otorgado sólo ante testigos (declarado nulo expresamente por el artículo 421-5.3º, citado) y el otorgado ante el párroco

²⁶⁰ Que es el que realizaba una más minuciosa regulación de estas figuras al recogerlas en sus artículos 125 a 134, contenidos en el Capítulo II del Título III, bajo la rúbrica de: “*La nulidad, la revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, de los codicilos y de las memorias testamentarias*”.

²⁶¹ Artículo 422-1: “*Nulidad del testamento.*

1. Es nulo el testamento que no corresponde a ninguno de los tipos establecidos por el artículo 421-5, así como el otorgado sin cumplir los requisitos legales de capacidad y de forma y el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave.”

²⁶² Artículo 421-5: “*Tipos de testamentos.*

*1. El testamento se otorga en un solo acto ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.
2. Además de la forma que establece el apartado 1, el testamento puede otorgarse en forma hológrafa.
3. No son válidos los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos.*”

(derogados por la Disposición Transitoria Tercera²⁶³ de la Ley 10/2.008, del Código civil de Cataluña), todos ellos anteriormente válidos.

- ***Falta de observancia de las formalidades exigidas en el otorgamiento.***

Al igual que en el Derecho común, el testamento debe observar las formas jurídicas necesarias para que éste sea válido y eficaz, no cabe, por tanto, que se produzca en una forma no reglada, al ser el ejemplo más claro de negocio eminentemente formal. Es por ello que, de no seguir las formalidades establecidas en el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, el testamento en cuestión será nulo.

El Ordenamiento catalán, de esta manera, sólo reconoce efectos jurídicos a la declaración testamentaria cuando ésta se manifiesta externamente con la forma y requisitos legalmente establecidos, tal y como declara el artículo 421-1 del Código civil de Cataluña, que regula que: *“La sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la Ley.”*

En esta misma línea, el artículo 422-1 citado declara la nulidad de aquellos testamentos que hayan sido otorgados sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos. Aunque fija como excepciones a este rigor formal lo referente al lugar y fecha de otorgamiento y la plasmación de la hora, casos estos en que rebaja la exigencia formal, en el caso de que pueda acreditarse de otra forma o no se haya otorgado otro testamento en el mismo día, respectivamente (art. 422-1.2²⁶⁴) (al igual que ocurre en Navarra).

²⁶³ DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. *“Testamento ante párroco.*

1. Los testamentos ante párroco otorgados antes de la entrada en vigor de la presente Ley caducan si no se protocolizan en el plazo de cuatro años a partir del momento en que la Ley entra en vigor, siempre y cuando el causante haya muerto anteriormente. Si el causante ha muerto después de la entrada en vigor de la presente Ley, el plazo de cuatro años se cuenta desde su muerte.

2. El Gobierno debe dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para promover y facilitar la protocolización de los testamentos otorgados ante párroco depositados en los archivos parroquiales.”

²⁶⁴ Artículo 422-1: *“Nulidad del testamento.*
(...)

- ***Falta de institución de heredero.***

En el Ordenamiento catalán, fruto de la influencia del Derecho romano, la institución de heredero no es una mera formalidad externa del testamento, sino que afecta a su contenido de forma necesaria y es un requisito indispensable para su validez, tal y como queda recogido en el artículo 423-1 del Código civil de Cataluña²⁶⁵.

La omisión de la figura del heredero tiene como consecuencia ineludible la nulidad del testamento en que se haya producido, como se desprende del artículo 422-1 del citado cuerpo legal²⁶⁶. Dicha regla ha de hacerse notar que no es absoluta, por cuanto el propio Código de Sucesiones recoge expresamente dos excepciones (art. 422-1.3²⁶⁷), en cuanto a que será válido el testamento en el que no se designe heredero cuando el testamento contenga el nombramiento de un albacea universal o cuando el testamento sea otorgado por una persona sujeta al Derecho de Tortosa.

“3. Son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero, salvo que contengan nombramiento de albacea universal o sean otorgados por una persona sujeta al derecho de Tortosa.”

El artículo 422-6.1 recoge la posibilidad de que este testamento nulo por falta de designación de heredero tenga validez como codicilo, en el caso de que reúna los

2. La falta de indicación o la indicación errónea del lugar o la fecha de otorgamiento del testamento que puedan afectar a su validez se salvan si pueden acreditarse de alguna otra forma. La falta de indicación de la hora no anula el testamento si el testador no ha otorgado ningún otro el mismo día.”

²⁶⁵ Artículo 423-1: “Necesidad de institución de heredero.

1. El testamento debe contener necesariamente institución de heredero.”

²⁶⁶ Artículo 422-6: “Conversión del testamento nulo o ineficaz.

1. El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo.”

²⁶⁷ Artículo 422-1: “Nulidad del testamento.

(...)

3. Son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero, salvo que contengan nombramiento de albacea universal o sean otorgados por una persona sujeta al derecho de Tortosa.”

requisitos propios de validez de estos, recogidos en el artículo 421-20 del Código Civil de Cataluña²⁶⁸.

- ***Preterición errónea de legitimarios.***

En este caso, recogido en el artículo 422-7, párrafo 1º, del Código civil de Cataluña, debe entenderse que hace referencia a la falta de mención de un legitimario en el testamento o a la falta de atribución a uno de estos de la legítima, por lo que tiene que afectar a un descendiente, ser errónea y concurrir las circunstancias relacionadas con los instituidos previstas en el artículo 451-16.2 del mismo cuerpo legal de Cataluña²⁶⁹.

El artículo 422-7, párrafo 1º, establece expresamente que:

²⁶⁸ Así en cuanto a los requisitos del codicilo el citado artículo 421-20 recoge:

“Codicilo.

- 1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta este, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos ab intestato.*
- 2. En codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero, ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco no puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios.*
- 3. Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos. ”*

²⁶⁹ Y el artículo 451-16 establece que:

“Preterición de legitimarios.

- 1. Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.*
- 2. Si el legitimario preterido es un descendiente del causante que ha nacido o ha devenido legitimario después de haberse otorgado el testamento o un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea. Se exceptúan los siguientes casos:
Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en unión estable de pareja.
Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto.
Si la relación de filiación en virtud de la cual se deviene legitimario ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante.*
- 3. El legitimario por derecho de representación solo puede ejercer la acción de preterición errónea si el representado, en caso de haber sobrevivido al causante, hubiera podido hacerlo.*
- 4. El simple reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de todos los hijos no excluye el derecho de los legitimarios a ejercer la acción de preterición errónea si procede de acuerdo con los apartados 1 a 3.*
- 5. La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador.”*

“Ineficacia por preterición errónea.

1. El testamento puede devenir ineficaz por causa de preterición errónea, a instancia del legitimario preterido, en los casos establecidos por el artículo 451-16.2.”

Al contrario de lo que hemos visto para los casos de falta de institución de heredero, en los supuestos de nulidad del testamento por preterición errónea de descendientes, recogidos en el artículo arriba reseñado, no se produce la conversión de estos en codicilo.

- ***Otras causas de nulidad.***

Vienen recogidas en el artículo 422-2 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, donde se establece expresamente que:

“Nulidad de disposiciones testamentarias.

1. Son nulas las disposiciones testamentarias que se han otorgado con error en la persona o en el objeto, engaño, violencia o intimidación grave. También son nulas si se han otorgado por error en los motivos, si resulta del propio testamento que el testador no lo habría otorgado si se hubiese dado cuenta del error.

2. Si el testador ha otorgado un testamento porque creía erróneamente, según se deduce de su contenido, que el heredero instituido en testamento anterior había muerto, es heredero el instituido anteriormente, pero subsisten los legados y las demás disposiciones a título particular ordenadas en el último testamento.”

Las consecuencias de la nulidad vienen reguladas en los artículos 422-4 y 422-5 del Código civil de Cataluña, donde se distingue, precisamente, entre la nulidad total del testamento y la nulidad parcial de éste o de una disposición concreta.

En cuanto a la nulidad total, el artículo 422-4²⁷⁰ establece que ésta implicará, como regla general, la nulidad de todos y cada uno de los codicilos y memorias testamentarias otorgados por el testador, con la excepción de que los mismos sean compatibles con un testamento previamente otorgado que deba subsistir, precisamente, por la nulidad del posterior, por lo que la sucesión se regirá por el testamento anterior válido o dará lugar a la apertura de la sucesión intestada en caso de no haber testamento anterior válido.

Por lo que respecta a la regulación de la nulidad de una disposición testamentaria en concreto, el artículo 422-5 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña²⁷¹ establece que ésta no lleva a la nulidad del testamento en su conjunto, el cual conserva su validez, salvo que el testador no hubiese otorgado el testamento sin esa concreta disposición.

Una manifestación expresa de esta pervivencia del testamento es la recogida en el artículo 422-6, párrafo 1º, del mismo cuerpo legal²⁷², que establece la

²⁷⁰ Artículo 422.4: “Consecuencias de la nulidad y la caducidad.

1. La nulidad del testamento determina que la sucesión se rija por el testamento anterior válido o, en su defecto, que se abra la sucesión intestada.
2. La nulidad del testamento implica la de todos los codicilos y memorias testamentarias otorgados por el testador, salvo que sean compatibles con un testamento anterior que deba subsistir por la nulidad del posterior.
3. La caducidad del testamento produce las mismas consecuencias que su nulidad.”

²⁷¹ Artículo 422-5: “Nulidad parcial.

La nulidad de cualquier disposición testamentaria no determina la nulidad total del testamento en que se ha ordenado, salvo que de su contexto resulte que el testador no habría ordenado las disposiciones válidas sin la disposición nula.”

²⁷² Artículo 422-6: “Conversión del testamento nulo o ineficaz.

1. El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo.
2. El testamento cerrado que es nulo por defecto de forma vale como testamento ológrafo si cumple los requisitos del mismo.”

conversión del testamento nulo en codicilo, siempre que el primero reúna los requisitos propios del segundo, como hemos visto anteriormente en este apartado.

La acción de nulidad viene recogida en el artículo 422-3 del Código civil de Cataluña²⁷³. En cuanto a las personas legitimadas para ejercer la acción de nulidad vienen recogidas en el párrafo 1º del citado artículo 422-3, que establece que estarán legitimados para ejercer la citada acción, una vez abierta la sucesión, todas aquellas personas que puedan obtener cualquier tipo de beneficio patrimonial de la declaración de nulidad del testamento, aunque quedan excluidos los acreedores de la herencia.

Esta acción es heredable y puede ser renunciable, como ocurre en el caso de las personas legitimadas que, aunque conocen la causa de nulidad, reconocen la validez del testamento tras la muerte del testador, lo ejecutan o, directamente, renuncian a la acción, tal y como recoge el artículo 422-3.3 del Código civil de Cataluña.

b) Revocación.

Como punto de partida, y dentro del ámbito propio de la revocación, el Código civil de Cataluña distingue entre: a) la revocación de testamentos, codicilos y memorias testamentarias y b) la eficacia revocatoria de los heredamientos.

²⁷³ Artículo 422-3: “Acción de nulidad.

1. La acción de nulidad puede ser ejercida, una vez abierta la sucesión, por las personas a quien puede beneficiar la declaración de nulidad.

2. La acción de nulidad caduca a los cuatro años, a contar desde que la persona legitimada para ejercerla conoce o puede razonablemente conocer la causa de nulidad.

3. No pueden ejercer la acción de nulidad las personas legitimadas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez del testamento o de la disposición testamentaria después de la muerte del testador, los ejecutan voluntariamente o renuncian a la acción.

4. La acción de nulidad es transmisible a los herederos, pero no pueden ejercerla los acreedores de la herencia.”

1. La revocación de testamentos, codicilos y memorias testamentarias.

Al igual que en el Derecho común, en el Derecho de sucesiones catalán se recoge la doctrina romana, y se entiende que todas las disposiciones testamentarias son negocios esencialmente revocables (art. 422.8 del Código civil de Cataluña²⁷⁴), y así, todo acto del propio testador dirigido a limitar su facultad derogatoria, así como cualquier acto de un tercero dirigido, precisamente, a privar o limitar esta facultad, son considerados nulos.

La doctrina de la revocación en lo que al ámbito sucesorio catalán se refiere viene recogida en los artículos 422-8 a 422-13 del Código civil de Cataluña.

En esta línea establece el artículo 422-9²⁷⁵ que cualquier testamento válido posterior revoca el anterior. Recoge el propio artículo citado, como excepción, a esta regla general de revocación, que el propio testador ordene de forma expresa en el testamento posterior que el testamento anterior subsista, ya sea en todo o en parte, siempre y cuando no se oponga o contradiga a lo dicho en el posterior. Lo mismo se aplicará en los casos en que lo que se ordene en el testamento posterior sea la validez de un testamento anterior revocado, en cuyo caso será necesario que, cuando

²⁷⁴ Artículo 422-8: “Revocabilidad de las disposiciones testamentarias.

1. Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.

2. En todo caso de revocación subsiste el reconocimiento de hijos no matrimoniales.”

²⁷⁵ Artículo 422-9: “Alcance de la revocación de los testamentos.

1. La revocación es expresa si el testador la ordena en testamento.

2. El otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior. Consecuentemente, no producen efectos revocatorios los testamentos a que se refieren los artículos 422-1 y 422-7, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 422-3.2 y 3, ni los testamentos caducados. Tampoco tienen eficacia revocatoria los testamentos destruidos sin posibilidad de reconstrucción.

3. Si el testador ordena de forma expresa en el testamento que el anterior subsista total o parcialmente, este mantiene la eficacia en todo cuanto el otorgado posteriormente no revoque, o en las partes a que no se oponga o que no contradiga.

4. Lo establecido por el apartado 3 se aplica también si el testador ordena expresamente en el testamento que uno anterior revocado recupere la eficacia, aunque el posterior no contenga institución de heredero, siempre y cuando se confirme la institución, al menos, de uno de los herederos instituidos en el testamento anterior.

5. El testamento meramente revocatorio determina que la sucesión se defiera de acuerdo con las normas de la sucesión intestada.”

el posterior no contenga designación de heredero, se confirme, al menos, la de uno de los herederos instituidos en el anterior testamento.

También recoge en su articulado, el Derecho catalán, que ciertas disposiciones, como es el reconocimiento de hijos no perderán su validez por la revocación del testamento en que se hayan hecho (art. 422-8.2), al igual que ocurre en el Derecho común.

Asimismo, según el artículo 422-10²⁷⁶, se entenderán revocados estos tres negocios jurídicos cuando aparezcan rasgados o inutilizados de algún modo sin salvar las firmas que los autoricen. Cabe, en cualquier caso, la prueba en contrario de dicha presunción, consistente en la acreditación de que los citados hechos ocurrieron sin la voluntad o el conocimiento del testador o que fueron realizados por éste en estado de enfermedad mental.

El mismo artículo 422-10, en su apartado segundo, recoge que en el caso de que la enmienda o cambio en el testamento ológrafo sólo afecte a una parte de éste debe entenderse que el testador sólo quiso modificar dicha parte. Lo que supone un supuesto claro de reconocimiento de la validez de la nulidad parcial.

El artículo 422-13 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña²⁷⁷ recoge lo relativo a la revocación en los casos de crisis matrimoniales o finalización de la convivencia de pareja.

²⁷⁶ Artículo 422-10: “Revocación material del testamento hológrafo.

1. El testamento y el codicilo hológrafos y las memorias testamentarias se presumen revocados si aparecen rasgados o inutilizados, o si las firmas que los autorizan aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar, salvo que se pruebe que estos hechos han ocurrido sin el conocimiento o la voluntad del testador o han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental.

2. Si en el texto de los testamentos y codicilos hológrafos o de las memorias testamentarias aparece solo alguna enmienda o algún cambio, se presume que el testador ha querido modificar o revocar el testamento en esta parte, de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 421-17, salvo la prueba a que se refiere el apartado 1.”

²⁷⁷ Artículo 422-13: “Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia.

1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.

Las disposiciones establecidas a favor del cónyuge del testador, se presumirán revocadas en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial siempre y cuando sean posteriores al otorgamiento del testamento en que se reconocen (art. 422-13.1).

En el caso del conviviente en unión estable devienen ineficaces los otorgamientos si después de realizarlos se separa la pareja o se extingue la relación por causa distinta al fallecimiento de cualquiera de las partes o al matrimonio, con excepción de que se hubiese reanudado la convivencia. Todo ello según viene recogido en el artículo 422-13.2.

En ambos casos, se entenderá eficaz la disposición, cuando del contexto del testamento pueda presumirse que el testador hubiese dispuesto lo mismo incluso en los casos anteriormente reseñados (art. 422-13.3).

Las posibles revocaciones entre estos negocios jurídicos, vienen reguladas en los artículos 422-11 y 422-12 del Código civil de Cataluña²⁷⁸, que establecen que los codicilos llevarán aparejada la revocación de la parte del testamento anterior que resulte modificada o sea incompatible con ellos, esos mismos efectos revocatorios tendrá sobre el codicilo anterior, al que revocarán en lo modificado o incompatible.

2. Las disposiciones a favor del conviviente en unión estable de pareja devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.”

²⁷⁸ Artículo 422-11: “Revocación de disposiciones testamentarias por codicilo.

Los codicilos implican la revocación de la parte del testamento anterior que aparezca modificada o resulte incompatible.

Artículo 422-12: “Revocación de codicilos y memorias testamentarias.

1. El otorgamiento del testamento revoca los codicilos y las memorias testamentarias anteriores, salvo que el testador disponga otra cosa.

2. El codicilo posterior revoca el anterior solo en aquello en que lo modifique o con lo que resulte incompatible. Si deben coexistir varios codicilos, se aplica la misma regla.

3. La revocación expresa de un codicilo puede hacerse en otro codicilo.

4. La revocación expresa de una memoria testamentaria puede hacerse en una memoria testamentaria o un codicilo posteriores.”

El otorgamiento de nuevo testamento revocará no sólo al testamento anterior, sino a los codicilos y a las memorias testamentarias anteriores, salvo que el testador disponga lo contrario en el propio testamento.

2. Efectos revocatorios de los heredamientos.

El artículo 431-23 del Código civil de Cataluña establece el efecto revocatorio²⁷⁹ del heredamiento con respecto a los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, lo que no viene recogido en el Derecho común. Y así distingue entre si estos son anteriores o posteriores al otorgamiento del mismo.

“Eficacia revocatoria.

1. El heredamiento válido revoca el testamento, el codicilo, la memoria testamentaria y la donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento, aunque sean compatibles con el mismo.

2. Las disposiciones por causa de muerte posteriores al heredamiento solo son eficaces si el heredamiento era preventivo o en la medida en que lo permita la reserva para disponer.”

El heredamiento, por imperativo de la ley, revoca el resto de títulos sucesorios existentes, puedan, o no, ser éstos compatibles con aquel. En cuanto a los posteriores al heredamiento, tendrán validez en tanto y cuanto se refieran a los bienes excluidos del heredamiento o los reservados para testar. También quedan a salvo las disposiciones posteriores en el caso de que nos encontremos ante un heredamiento preventivo²⁸⁰ de los recogidos en el artículo 431-21 del Código civil de Cataluña.

²⁷⁹ Efecto revocatorio que ya en su momento reconoció la RDGRN de 7 de Enero de 1.927.

²⁸⁰ Debe entenderse por estos, aquellos que se disponen para el caso de fallecer el testador sin sucesor universal, contractual o testamentario por cualquier causa.

c) Caducidad.

A esta figura hace referencia el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña en su artículo 421-19²⁸¹, en cuanto a los testamentos y codicilos ológrafos, y en el artículo 424-15²⁸², en cuanto a lo referente a la herencia y a los legados de confianza. Los testamentos y codicilos ológrafos caducarán a los cuatro años del fallecimiento del causante si en ese plazo no se han adverado o protocolizado. La herencia y los legados de confianza, por su parte, caducarán, en todo o en parte, si los herederos o legatarios nombrados fallecen sin haberla revelado o cumplido; si la revelan o cumplen a su favor; y, en general, cuando la confianza no se puede cumplir por el hecho de resultar desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable.

Cuando caduque la institución de heredero de confianza se abrirá la sucesión “*abintestato*” de la herencia o la parte afectada de caducidad será deferida a favor de quienes en aquel momento resulten ser herederos “*abintestato*” del causante de la herencia o legado en cuestión. En caso de caducidad parcial, los que resulten ser herederos “*abintestato*” tendrán la condición de legatarios de la parte alícuota en la porción caducada. Asimismo, la caducidad del legado de confianza producirá su absorción total o parcial por la herencia.

²⁸¹ Artículo 421-19: “*Caducidad del testamento.*

1. *Los testamentos hológrafos caducan si no se presentan para que sean adverados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente.*

2. *Si durante los plazos fijados por el apartado 1 se interpone una demanda sobre la validez del testamento, este debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.”*

²⁸² Artículo 424-15: “*Ineficacia de las disposiciones de confianza.*

1. *Las instituciones de heredero y los legados de confianza caducan si los herederos o los legatarios nombrados o, si procede, sus sustitutos mueren sin haberla revelada o cumplida, si la revelan o cumplen a su favor y, en general, si la confianza no puede cumplirse por el hecho que resulta desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable. Caducan igualmente en la parte en que la confianza resulte afectada por alguna de estas circunstancias.*

2. *Salvo que la voluntad del testador sea otra, la herencia de confianza o la parte de la misma que haya caducado acrece la parte de los coherederos instituidos sin encargo confidencial o, en su defecto, se defiende a favor de quienes en el momento de la muerte del testador habrían sido sus herederos ab intestato, con derecho de transmisión a favor de sus sucesores. En el caso de caducidad parcial, estas personas tienen la condición de legatarios de parte alícuota en la porción caducada.*

3. *Si el legado de confianza caduca total o parcialmente, la herencia lo absorbe.”*

D) NAVARRA.

La Compilación de Navarra regula esta materia, dentro del Título VI del Libro II, bajo la rúbrica de *“De la nulidad e ineficacia de las disposiciones mortis causa.”*, que contiene las leyes 206 a 214. Para un mejor estudio de la materia, en el caso de Navarra, vamos a diferenciar entre: nulidad, revocación, caducidad y cláusulas *“ad cautelam”*.

a) Nulidad.

Al igual que el Código civil²⁸³ (art. 687 del C.c.²⁸⁴) la Compilación Navarra establece la regla de que será nulo todo aquel testamento que no guarde los requisitos establecidos en la ley (Ley 206 de la Compilación Navarra²⁸⁵).

En cuanto a los pactos sucesorios, establece la nulidad total de los mismos cuando se declare la nulidad o ineficacia del nombramiento contractual del heredero (Ley 207²⁸⁶).

²⁸³ Ver a este respecto, por ejemplo, las SSTs de 27 de Noviembre de 1.915, de 2 de Marzo de 1.926, de 1 de Diciembre de 1.927, de 30 de Octubre de 1.944, de 16 de Febrero de 1.956, de 19 de Junio de 1.958, de 28 de Octubre de 1.965, de 27 de Septiembre de 1.968, de 6 de Febrero de 1.969, de 1 de Noviembre de 1.973, de 21 de Junio de 1.986, de 7 de Enero de 1.991, de 25 de Abril de 1.991, de 18 de Diciembre de 1.997, de 26 de Febrero de 2.004 y de 14 de Octubre de 2.008, que señaló que el conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el artículo 685 del Código civil cuya omisión acarrearía la sanción de nulidad en base al artículo 687 del Código civil y aunque es cierto que a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991, de 20 de Diciembre, desapareció aquella exigencia formal, no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del artículo 682, tal y como era exigible antes, era nulo, y recalca dicha sentencia que una interpretación sociológica de la norma, no supone ni la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma al caso concreto. Y recientemente han recogido esta doctrina, entre otras, la SAP de Toledo de 22 de Junio de 2.011 y la SAP de Baleares de 18 de Noviembre de 2.011.

²⁸⁴ Artículo 687: *“Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.”*

²⁸⁵ Ley 206: *“Nulidad.*

Son nulos los testamentos y demás disposiciones mortis causa en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos prescritos por la Ley.”

²⁸⁶ Ley 207: *“Nulidad:*

Total.- La nulidad e ineficacia del nombramiento contractual de heredero llevará consigo la de todas las disposiciones contenidas en el contrato.

Parcial.- La nulidad e ineficacia de cualquier otra disposición contenida en pacto sucesorio llevará consigo la de las demás que tuvieran en ella su causa.

La propia Ley 207 deja recogida la figura de la nulidad parcial en su apartado b), al señalar que la nulidad o ineficacia de cualquier otra disposición distinta a la anteriormente citada llevará aparejada la nulidad de las demás que tuvieran en ella su causa, pero no las del resto. Asimismo lo recoge para el resto de disposiciones *“mortis causa”*.

Otro caso expreso de nulidad parcial lo encontramos en lo que se refiere a la regulación de los testamentos de hermandad otorgados entre cónyuges, recogida en la Ley 201, párrafo primero, cuando recoge: *“Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro.”*

De tal forma que, disuelto el matrimonio por sentencia judicial firme serán nulas todas las disposiciones hechas entre los cónyuges ya sean liberalidades, como la institución de heredero, los legados o cualesquiera otras disposiciones que favoreciesen al cónyuge, como las disposiciones hechas con causa en las disposiciones del otro, aunque sobre este segundo aspecto hay más problemas a la hora de delimitar los supuestos que puedan incluirse.

En cuanto al segundo de los supuestos, los casos más problemáticos suelen referirse a los casos de testamentos de hermandad entre cónyuges con institución recíproca hereditaria entre ellos y llamamiento posterior a favor de los hijos comunes de los testadores²⁸⁷.

En los demás actos por causa de muerte, la nulidad e ineficacia de cualquiera de sus disposiciones no afectará a la validez o eficacia de las otras.”

²⁸⁷ POU AMPUERO, F. (*Ineficacia Sobrevenida del Testamento de Hermandad*, Revista Jurídica del Notariado, nº. 67, Julio-Septiembre, 2.008, pág. 514) defiende que el nombramiento de los hijos es consecuencia del matrimonio entre los testadores y que, por tanto, la disolución de éste debe llevar aparejada la ineficacia de dicha disposición, al entender dicha cláusula como correspondiente. En contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 8 de

b) Revocación.

La Compilación Navarra también recoge la esencia revocable²⁸⁸ de las disposiciones testamentarias en su Ley 208, párrafo 1º²⁸⁹ con la única excepción de lo establecido para el testamento de hermandad²⁹⁰.

El testamento quedará revocado por el otorgamiento de otro testamento o de un pacto sucesorio posterior válido, salvo que en éstos se disponga que subsista el anterior en todo o en parte (Ley 210²⁹¹). Lo mismo ocurre con las memorias testamentarias y codicilos, que quedarán revocados por testamentos posteriores, salvo que éstos los confirmen expresamente (Ley 212 y Ley 213²⁹²). El párrafo 2º de la Ley 210 también hace mención a la revocación parcial del testamento cuando se

Abril de 2.003 recogía que la disolución del matrimonio afectaba a la eficacia del llamamiento entre los testadores, pero no alcanzaba al posterior llamamiento a favor de los hijos comunes.

²⁸⁸ Ver a este respecto las SSTs de 29 de Septiembre de 1.986, de 14 de Mayo de 1.996 y de 2 de Julio de 2.009.

²⁸⁹ Ley 208: “Revocabilidad del testamento.

Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, excepto lo establecido para el testamento de hermandad.”

²⁹⁰ Cuyo concepto viene regulado en la Ley 199: “Concepto. Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas. Formas.- Con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad puede revestir cualquier otra forma admitida en esta Compilación, en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas. A los efectos de lo dispuesto en las Leyes 189 y 190, la circunstancia del peligro inminente de muerte bastará que concurra en uno de los otorgantes.”

En cuanto al testamento de hermandad, la pérdida de la condición foral no implica la invalidez de este tipo de testamentos, aunque la nueva ley personal lo prohíba.

²⁹¹ Ley 210: “c) Revocación por testamento posterior, pacto, donación mortis causa, etc.

El testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquél subsista en todo o en parte.

Las donaciones mortis causa, los codicilos y las memorias testamentarias sólo revocan las disposiciones del testamento en la medida en que fueren incompatibles.”

²⁹² Ley 212: “Revocación de codicilos y memorias testamentarias.

Los codicilos y memorias testamentarias quedarán revocados por los testamentos posteriores, a no ser que en éstos aparezcan confirmados.

Las memorias testamentarias y los codicilos no quedan revocados por otras u otros posteriores sino en lo que fueren incompatibles.

Salvo prueba en contrario, las memorias testamentarias sin fecha se entenderán anteriores a los codicilos y a las memorias con fecha.”

Ley 213: “Revocación y conversión de testamentos y memorias.

La revocación del testamento implica la de las memorias testamentarias que en él se basen. No obstante la invalidez del testamento, las memorias otorgadas en relación a él valdrán como testamentos ológrafos si reúnen los requisitos exigidos para éstos.”

refiere a que las donaciones *“mortis causa”*, los codicilos y las memorias testamentarias sólo revocan las disposiciones testamentarias que fueran incompatibles con ellos. A esto mismo hace mención la Ley 212 en su párrafo 2º al referirse a que las memorias testamentarias y los codicilos no quedarán revocados por los posteriores salvo en lo que sean incompatibles.

En cuanto al anteriormente citado testamento de hermandad (recogido en las Leyes 199 a 205), debe decirse, en lo que a la revocación del mismo se refiere (regulada en las Leyes 201 y 202), que difiere de si ha fallecido o no alguno de los otorgantes. En el primer caso es revocable, ya sea de forma conjunta o por uno de ellos tras haberlo puesto en conocimiento del resto de otorgantes, e irrevocable en el segundo, salvo disposición expresa en contrario. Aunque el propio texto normativo establece dos excepciones, *“las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar”*; y *“las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores”*.

Recoge también el Ordenamiento navarro, en su Ley 209²⁹³, al igual que lo hace el Derecho común, como excepción a la revocación el reconocimiento de un hijo hecho en una disposición *“mortis causa”*, al establecerla de forma expresa como cláusula irrevocable.

c) Caducidad.

En cuanto a la caducidad de los testamentos, la Compilación Navarra recoge particularidades en lo referente al testamento ante el párroco²⁹⁴ y al testamento ante

²⁹³ Ley 209: *“b) Reconocimiento de filiación.*

La revocación de un acto mortis causa no afectará a la validez y eficacia, en su caso, del reconocimiento de la filiación que en ella se contuviere.”

²⁹⁴ Viene recogido el testamento ante párroco en la Ley 189, que regula: *“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte y no pudiera obtenerse la presencia de Notario, podrá otorgarse el testamento ante el Párroco del lugar u otro Clérigo ordenado de Presbítero, y en todo caso con la presencia de dos testigos.”*

testigos²⁹⁵, los cuales caducarán a los dos meses de haber salido del peligro de muerte el testador y quedarán ineficaces transcurrido el plazo de un año y un día desde el fallecimiento del testador sin que se hubiesen presentado para su abonamiento o adveración, tal y como queda recogido en la Ley 191, párrafos 4º y 5º²⁹⁶.

El plazo es distinto para las memorias testamentarias, y viene recogido en la Ley 198, párrafo 1º²⁹⁷, que establece un plazo de cinco años desde el fallecimiento del causante para su abonamiento o adveración y protocolización, de tal forma que devendrán ineficaces en caso de no realizarse. Dicho plazo empezará a contarse desde el fallecimiento del último otorgante en el caso de las memorias testamentarias conjuntas, salvo, claro está, que en las mismas se haya dispuesto otra cosa distinta.

d) Cláusulas “*ad cautelam*”.

Aunque éstas han quedado suprimidas en el Derecho común, la Compilación Navarra las mantiene de forma limitada para los testamentos ológrafos y las memorias testamentarias, en su Ley 208, que recoge en su párrafo 2º que:

“Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras. No obstante, al tiempo de otorgarse un testamento

²⁹⁵ Al testamento ante testigos se refiere la Ley 190, con el siguiente tenor: “En el mismo supuesto de la Ley anterior, si no pudiera obtenerse la presencia de Párroco u otro Clérigo ordenado de Presbítero, podrá otorgarse el testamento con la intervención de tres testigos.”

²⁹⁶ Ley 191: “Requisitos comunes a testamentos ante párroco y ante testigos.
A los testamentos a que se refieren las dos Leyes anteriores se aplicarán las reglas siguientes: (...) Perderán su eficacia a los dos meses de haber salido el testador del peligro de muerte.
Dentro del plazo del año y día, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, deberán presentarse para su abonamiento o adveración, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. A tal efecto, la persona que tenga el testamento en su poder deberá presentarlo al Juzgado de Primera Instancia del Partido a que corresponda el lugar en que se otorgó. La presentación podrá ser exigida por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que se crea interesada.”

²⁹⁷ Ley 198: “Adveración.
Dentro del plazo de cinco años, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, las memorias testamentarias deberán presentarse para su abonamiento o adveración y protocolización, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. En las otorgadas conjuntamente por dos o más personas, el plazo se contará a partir del fallecimiento de la última de éstas, a no ser que se ordene otra cosa en el testamento o en la propia memoria.”

podrá disponer el testador que no valgan o se entiendan revocados cualquier testamento ológrafo o memoria testamentaria que pudieran aparecer como otorgados por él, si no llevan determinados lemas o signos u otros requisitos.”

Norma que proporciona validez a las citadas cláusulas sólo en el campo de los testamentos ológrafos, codicilos ológrafos y memorias testamentarias.

E) PAÍS VASCO.

Dentro de este ámbito podemos destacar las especialidades recogidas para el testamento *“hil-buruko”*²⁹⁸, recogido en el fuero de Vizcaya, en los artículos 29 y 31, y en el que se establece un plazo de dos meses de validez tras la salida del testador del peligro de muerte. A este respecto se establece que si éste falleciese en dicho plazo, se abrirá un nuevo plazo de tres meses, inmediatamente posteriores al fallecimiento del causante, para su adverbación, en la forma prevenida por las leyes procesales, plazo que será de tres meses también si tras la salida del peligro el testador quedase incapacitado para otorgar nuevo testamento.

En cuanto a la revocación de los testamentos recoge una especialidad a la regla general de la libre revocación en los testamentos mancomunados (art. 52), al establecer que: *“Si uno de los cónyuges fallece dentro del año siguiente a la fecha en*

²⁹⁸ La Ley 3/1992, de 1 de Julio, de Derecho Civil Foral Vasco reconoce, dentro del título dedicado al Fuero Civil de Vizcaya, en su artículo 29, que: *“Además de las formas de testar reguladas por la legislación civil general, se admite en el territorio aforado el testamento hil-buruko.”* El cual viene regulado, en el artículo 31 de la citada norma legal, como: *“El que se hallare en peligro inminente de muerte podrá otorgar testamento ante tres testigos, bien en forma escrita o de palabra.”*

Este testamento quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Cuando el testador falleciese en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si no se adverbase dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, en la forma prevenida por las Leyes procesales.

En el caso de que, habiendo salido el testador del peligro de muerte, quedase incapacitado para otorgar un nuevo testamento, el plazo de adverbación será de tres meses contados desde su otorgamiento.

Adverado judicialmente el testamento, se procederá a su protocolización notarial.”

que otorgaron el testamento de hermandad, el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeren sobre los bienes comunes.”

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO CUARTO

INCONGRUENCIA DE LA RÚBRICA "DE LA REVOCACIÓN E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS" QUE PRECEDE AL ARTÍCULO 737 DEL CÓDIGO CIVIL.

I. AUSENCIA DE UNA NORMATIVA GENERAL SOBRE INEFICACIA DEL TESTAMENTO.

A) AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA INEFICACIA TESTAMENTARIA.

En materia de ineficacia del testamento, nuestra normativa adolece de significativas carencias, así, aunque el Código civil recoge en su Sección X, del Capítulo I, del Título III, del Libro III, como título del mismo: *"De la revocación e ineficacia de los testamentos"*, en realidad no le dedica ninguna atención a la regulación de la ineficacia testamentaria, al contrario de lo que sucede para los contratos. Pese a la citada rúbrica, todos los artículos en ella recogidos están dedicados a la revocación, a excepción del artículo 743, que sí alude a la ineficacia de los testamentos, aunque de una manera genérica, por cuanto se limita a remitirnos a cuantas disposiciones a lo largo del Código civil en cada caso específico traten del tema.

"Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código."

A consecuencia del citado precepto nos vemos obligados a ir buscando el régimen de la ineficacia testamentaria a lo largo de toda la regulación del Código civil (arts. 673, 674, 687, 705 o 715, entre otros), especialmente en lo que a la sucesión *"mortis causa"* se refiere, así como en las decisiones jurisprudenciales que

se han ido dictando sobre la materia.

Ha prosperado, además, la opinión de que los testamentos también serán ineficaces no sólo por las causas expresamente recogidas en el Código civil, sino también por aquellas que hagan inconciliable la validez de los testamentos con las normas y requisitos necesarios, precisamente, para la validez y eficacia de los testamentos²⁹⁹.

Lo que si debe tenerse en cuenta en lo que al artículo 743 se refiere, es la especial relevancia que tiene para el presente estudio, toda vez que establece el punto de partida esencial para el mismo, al abrir las puertas de la nulidad parcial de los testamentos ³⁰⁰, ya que ésta se recoge ya de forma expresa en el mismo, al referirse a que “... serán ineficaces en todo o EN PARTE las disposiciones testamentarias,...”.

En cuanto al resto de preceptos del Código civil cabe decir que, además del citado artículo 743, únicamente trata directamente de la ineficacia testamentaria, de forma general, el artículo 675, párrafo 2º.

²⁹⁹ Así lo recogen, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F. (*Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2º, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.910, pág. 1.448); CAPILLA RONCERO, F. (*Nulidad e Impugnabilidad del Testamento. Algunas Consideraciones Sobre el Régimen de la Ineficacia del Testamento Inválido*, en ADC, 1.987, pág. 12), que en esta misma línea, expone que el artículo 743 del Código civil: “se limita a servir de norma de remisión al resto de los preceptos del Código, sin que ello suponga restricción propiamente en el elenco de las causas de ineficacia del testamento...”; o LLEDÓ YAGÜE, F. (en LLEDÓ YAGÜE, F. (Director), MONJE BALMACEDA, O. (COORDINADOR), GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y BLANCO LÓPEZ, J. (colaboradores especiales), RIVAS MARTÍNEZ, J. J., ARENAL OTERO, V. y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J., *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, T. V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.008, pág. 158), que expresan que: “Evidentemente, El alcance de este precepto no está en proscribir como causas de ineficacia las que no estén formuladas, expresis verbis, como caducidad o ineficacia. Sin Duda, será posible admitir la ineficacia aunque no esté sancionada como tal si un razonable criterio de interpretación así lo demanda.”

Cabe citarse a este respecto, también, por su expresividad, la STS de 5 de Diciembre de 1.950, que expone: “es apreciación acertada la de que no sólo habrán de ser considerados nulos los testamentos en los casos en que la ley expresamente lo declare, sino en aquellos otros en que su validez resulte imposible por falta de los requisitos y formalidades que el Código exige.” En este sentido también, las SSTs de 26 de Noviembre de 1.968 y de 3 de Octubre de 1.979. Recoge esta línea jurisprudencial también, de forma reciente, la SAP de La Coruña de 12 de Mayo de 2.006.

³⁰⁰ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 61 y ss. Así como las obras allí citadas, en cuanto a las críticas a la imprecisión del precepto vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de...*, cit., págs. 1.487 y ss.; y VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del...*, T. II, cit., pág. 187.

“El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.”

Esta carencia de regulación, o desde luego insuficiente regulación propia y específica, lleva a plantearse cuál es la forma más adecuada de subsanar las lagunas que se producen en esta materia en la práctica diaria.

En esta búsqueda de completar las lagunas legales en el ámbito testamentario, se ha usado, generalmente, como punto de partida el estudio de la posibilidad de aplicar o no a los testamentos las categorías de invalidez generales propias de los negocios jurídicos³⁰¹, con sus peculiares características, y de ver si estas categorías encajaban o no con las especialidades propias del testamento, unilateral, recepticio, etc. A este respecto las opiniones doctrinales son de lo más dispares, aunque parece, como veremos, que la tónica general es admitir, cuando menos, en alguna medida dicha aplicación.

B) PARCIAL APLICACIÓN A LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Como hemos visto, la escasa e insuficiente regulación general de la ineficacia de forma específica dentro del ámbito propio de los testamentos, que se limita a los artículos 743 y 675.2 del Código civil, ha llevado tanto a la doctrina como a los tribunales a plantearse la forma más adecuada de subsanar dicha importante laguna legal en cuanto a la aplicación de dicha figura al ámbito testamentario.

Es lógico, tener que rellenar el vacío legal y se ha planteado, como punto de partida en este camino, la posibilidad de aplicar, de una forma más o menos directa e integral, la teoría general de los contratos, en cuanto a la ineficacia se refiere, al ámbito testamentario.

³⁰¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, T. IV, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.986, pág. 558) entienden que para llegar a una doctrina general de la ineficacia del testamento hay que recurrir, irremediabilmente, a la doctrina general del negocio jurídico para procurar orientarse en esta cuestión.

En cuanto a esta posible aplicación, existen opiniones doctrinales de lo más dispares³⁰², destacando como opinión mayoritaria la de aceptar la aplicación de las normas contractuales al ámbito testamentario, pero no en su conjunto y de forma global, sino con los límites derivados de las peculiaridades y características propias de los negocios testamentarios.

En este sentido puede destacarse lo dicho por LACRUZ³⁰³, que establece que a la averiguación del verdadero significado de las palabras empleadas por el testador le son de aplicación muchas de las normas de interpretación de los contratos (arts. 1.281 y ss.), en concreto, todas aquellas que van dirigidas a averiguar la voluntad real del proferente sin tener en cuenta los intereses del destinatario de la declaración.

En el fondo, parece lógico que sea precisamente en la regulación de los contratos, donde se pueden encontrar los orígenes de estas categorías, a donde se acuda para completar la ausencia de regulación propia de los testamentos, indistintamente de que se entiendan éstos como un negocio jurídico especial o como algo distinto a ellos. En cualquier caso, lo que no puede hacerse es aplicar de forma global y general la doctrina referente a la invalidez de los contratos en su conjunto al ámbito testamentario.

Aunque, como hemos dicho, la citada postura no es unánime, ya que hay autores que van un paso más allá y consideran que si entendemos dichas normas, relativas a los contratos, como de general aplicación a la categoría de negocio jurídico, y no propias de los contratos, y entendemos los testamentos como negocios jurídicos propiamente dichos, entonces sí cabría la aplicación directa de los regímenes de ineficacia e invalidez a los testamentos, pero reiteramos que ésta no

³⁰² Así, puede consultarse lo dicho por LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, T. II, 2º, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.991, pág. 446; DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 502; o VALVERDE, ob. cit., pág. 142.

³⁰³ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 213.

es la práctica común ³⁰⁴.

Pese a las posturas minoritarias, es en la línea de aplicación restringida en la que parece que también vienen pronunciándose nuestros tribunales³⁰⁵, que han optado por una aplicación analógica de normas contractuales a fin de poder solventar las lagunas en el plano testamentario, pero tampoco en su conjunto y de forma global. En su aplicación han de respetarse las peculiaridades propias de los testamentos, decantándose por una aplicación de estas normas contractuales por vía de la analogía para rellenar lagunas concretas dentro de la regulación testamentaria y acomodando dicha regulación contractual a la naturaleza sucesoria. De esta forma, el Tribunal Supremo³⁰⁶ deja de lado una aplicación general o integral de las normas contractuales a los testamentos en este ámbito y tiene en cuenta las características propias de los negocios “*mortis causa*”, las cuales actúan como restricción a la aplicación generalizada de las normas de los contratos.

³⁰⁴ Vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit. loc. Y más recientemente lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 63 y 64.

³⁰⁵ En esta línea se pueden consultar las SSTS de 26 de Noviembre de 1.968, que recoge: “*Que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio «mortis causa» que encarna, a diferencia del bilateral «intervivos», ínsito en los contratos, con lo que serán pues causas de nulidad radical del testamento, la ausencia de capacidad del testador, y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante.*”; de 10 de Mayo de 1.972; de 7 de Enero de 1.975 o de 21 de Junio de 1.986. Línea jurisprudencial que recoge recientemente la STSJ de Navarra de 31 de Octubre de 2.008.

En esta línea, y en materia también hereditaria, las SSTS de 6 de Noviembre de 1.934, de 9 de Marzo de 1.951, de 2 de Noviembre de 1.957, de 13 de Octubre de 1.960, de 25 de Febrero de 1.966, de 23 de Marzo de 1.968, de 2 de Noviembre de 1.974, de 17 de Enero de 1.975, de 31 de Mayo de 1.980, de 13 de Junio de 1.992, de 13 de Marzo de 2.003, de 14 de Mayo de 2.003, de 12 de Diciembre de 2.005, de 7 de Noviembre de 2.006 y de 12 Marzo de 2.009, también se expresan a favor de la aplicación analógica de las normas propias del contrato en cuanto a su nulidad en sede de partición hereditaria, debido a la carencia de regulación propia de la misma.

³⁰⁶ En esta línea cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1.951, que aplica, bien expresa, bien implícitamente, el artículo 1.284, coherente con el principio de conservación de la disposición “*mortis causa*”: “... en la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria, debe preferirse la interpretación que le permita producir efecto...”

En cuanto a la no aplicación en su conjunto de la regulación contractual cabe citar las SSTS de 12 de Noviembre de 1.964 y de 3 de Octubre de 1.979, que recoge la teoría de la anterior. Así como las recogidas en la nota anterior.

En lo que se refiere a la aplicación a casos concretos por vía de la analogía podemos citar, entre otras, las SSTS de 10 de Mayo de 1.972, de 7 de Enero de 1.975, de 21 de Junio de 1.986, de 12 de Diciembre de 2.005, de 7 de Noviembre de 2.006 y de 12 de Marzo de 2.009.

En esta línea jurisprudencial cabe destacar la ya citada STS de 12 de Noviembre de 1.964³⁰⁷, cuyo texto reiteramos: *“... que nuestro ordenamiento civil, no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una formación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que, inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aluden, sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos (inter vivos), por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias.”* También en este sentido, y de forma previa a la anterior, la STS de 8 de Julio de 1.940 que recogió: *“el testamento constituye un acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos. No obstante esta aplicación no puede ser absoluta, ya que entre el contrato y el testamento se dan fundamentalmente diferencias, debido principalmente al carácter del testamento de ser negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral, en el que domina prevalentemente la voluntad real del otorgante.”*

Por su parte, la STS de 26 de Noviembre de 1.968 nos señala expresamente: *“Que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio mortis causa que encarna, a diferencia del bilateral intervivos, ínsito en los contratos, con lo que serán pues causas de nulidad radical del testamento,*

³⁰⁷ En esta línea se había pronunciado también la STS de 8 de Julio de 1.940, al recoger: *“...el testamento constituye un acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos. No obstante esta aplicación no puede ser absoluta, ya que entre el contrato y el testamento se dan fundamentalmente diferencias, debido principalmente al carácter del testamento de ser negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral, en el que predomina prevalentemente la voluntad real del otorgante.”*

la ausencia de capacidad del testador, y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante". En esta línea se pueden citar también las SSTs de 3 de Octubre de 1.979, de 13 de Junio de 1.992 y de 12 de Marzo de 2.009.

Como hemos dicho, parece lógico, por otro lado, que ante la ausencia de una regulación completa del régimen de la invalidez en ámbito testamentario y toda vez que la teoría de las nulidades, con sus diversas categorías y especialidades, fue creada dentro del ámbito de la teoría general del contrato sea, precisamente, a esta doctrina a la que se acuda en aquellos casos en que haya que resolver cualquier problema que derive de la ineficacia testamentaria, de tal forma que ésta sirva como materia integradora de las lagunas que puedan surgir y que surgen en sede testamentaria. Todo ello, como hemos dicho, siempre respetando las especialidades propias de los negocios testamentarios e indistintamente que se pueda considerar a los testamentos como negocio jurídico especial o como acto no negocial y hasta que se cree una regulación propia de la ineficacia en sede testamentaria que recoja, precisamente, estas peculiaridades que le son propias.

II. DISCUTIDA APLICACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA ANULABILIDAD AL TESTAMENTO.

A) ANULABILIDAD.

a) En general.

Consiste la anulabilidad en la atribución de la posibilidad de optar entre la impugnación del negocio jurídico o su confirmación, toda vez que el mero hecho de declararlo nulo como única posibilidad podría ir contra los intereses de la persona perjudicada, tal y como lo recoge DE CASTRO³⁰⁸, por cuanto el negocio pudiese

³⁰⁸ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 497.

resultarle beneficioso, en caso de mantenerse. Así entendida, parece que no tendría razón de ser en el ámbito testamentario, por cuanto en éste el testador que apreciase cualquier irregularidad en el otorgamiento del mismo, siempre podría revocarlo, sin necesidad de impugnarlo; cuestión distinta podría ser la utilización de esta figura en lo que se refiere a los herederos o beneficiarios del mismo.

La figura de la anulabilidad no encuentra su base ni en la voluntad de las partes, cualquiera que sea su manifestación, ni en las normas sancionatorias propiamente dichas. Al tratarse de negocios hechos por personas incapaces o con un consentimiento viciado, son contrarios a la ley, aunque dicha oposición a la ley, como hemos avanzado, no conlleve directa e inevitablemente a que dichos negocios sean declarados nulos; no sólo por el influjo de los antecedentes históricos³⁰⁹, sino toda vez que con la figura de la anulabilidad quedan mejor protegidos los intereses de los incapaces y de aquellas personas que ven viciado su consentimiento, ya que el sistema de la nulidad absoluta podría perjudicarles en el caso de que, pese al vicio en la voluntad o la incapacidad, el negocio en cuestión pudiese resultarles beneficioso.

En este sentido el negocio anulable puede encontrarse en las siguientes

³⁰⁹ Ya en el Derecho romano se recogían supuestos en los que el perjudicado gozaba de la facultad de impugnar el acto, así pueden destacarse: la “*restitutio in integrum*” y las excepciones en favor de quienes consintieron por miedo o dolo, la “*restitutio*” y la “*exceptio legis Plaetoria*” en beneficio de los menores, y también el sistema de los “*negotia claudicantia*”, para el amparo de los pupilos. El Derecho común también distingue entre los actos nulos y los rescindibles. Las Partidas regulan que la venta hecha por miedo o por fuerza “*debe ser desfecha*” (P. 5, 5, 56), y los autores suelen señalar que la nulidad establecida a favor de alguien viene con la condición tácita de que se dará si quiere aquel en cuyo beneficio se anula.

La distinción moderna parece traer causa de la sistematización realizada por Domat, que distingue entre los convenios nulos de origen y aquellos viciados en sus caracteres esenciales (falta de capacidad, error fuerza, dolo, ilicitud), los que se anulan “si el que lo sufre así lo desea”. El Código civil francés lo recoge en sus artículos 1.117 y 1.304.

Vid. DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 498) recoge que la codificación Española difiere un tanto de este modelo, y así distingue en el Proyecto de 1.851 las figuras de la nulidad (art. 1.184) y de la rescisión (art. 1.165); lo que viene justificado por la crítica realizada al Código francés por su imprecisión de lenguaje y por no regular la nulidad aparte de “la rescisión de las obligaciones válidas”. El Código civil seguirá el citado Proyecto, dedicando el capítulo V del título “*De los contratos*” a la rescisión y el VI a la nulidad de los contratos, con una mejor y más clara contraposición de anulabilidad y nulidad (art. 1.300). Esta diferenciación de regulación no es tan clara en el caso de los testamentos, como ya hemos visto, donde todo lo referente a revocación e ineficacia viene regulado en una misma sección del Código civil.

situaciones: a) desde su perfeccionamiento hasta su cumplimiento: el negocio tiene la condición de viciado y sanable mediante la confirmación, sin lugar aún a la acción restitutoria; b) desde la consumación del negocio hasta la caducidad de la acción restitutoria (cuatro años en el caso de los contratos, tal y como lo recoge el artículo 1.301 del Código civil), el negocio tiene la condición de viciado, sanable por la confirmación, por lo que en estos momentos cabe el ejercicio de la acción restitutoria; c) desde la impugnación eficaz, el negocio queda declarado nulo; en el caso de que sea confirmado, el negocio queda sanado “*in radice*”, es decir, que adquiere la condición de válido desde su celebración.

El Código civil recoge la anulabilidad, en lo que a los contratos se refiere, en los artículos 1.300 a 1.314, y señala como causas de nulidad: los casos de intimidación, violencia, dolo, error, falsedad de la causa, los celebrados por menores e incapaces, los celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando éste fuera necesario (art. 1.301 del C.c.). Queda así abierta la puerta a si este sistema de la anulabilidad es aplicable a otros supuestos o no.

En cuanto a los negocios a que puede aplicarse, dejaremos este estudio para más adelante. En lo que se refiere a los vicios que la originan, parece que la regulación recogida en el artículo 1.301 del Código civil es exhaustiva³¹⁰.

b) Acción de anulabilidad.

La acción de anulabilidad tiene sus caracteres propios que la diferencian de la acción de nulidad. De esta forma, se la puede considerar como una acción doble, que no requiere de un perjuicio previo del actor y que depende en su ejercicio de la voluntad del actor o protegido por la ley.

- ***En cuanto al carácter doble de la acción.*** Tiene su origen en que la misma se concibe como una acción declarativa, encaminada a obtener la declaración

³¹⁰ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 500.

judicial de que el negocio, ya desde su origen, surgió con un vicio, el cual sigue teniendo en la actualidad y que éste es determinante de su nulidad; y como una acción restitutoria, que obligaría a las partes a devolverse recíprocamente aquello obtenido en virtud del negocio anulado. Debe destacarse el carácter esencial de la primera, pues es precisamente de ésta de la que deriva, posteriormente, la posibilidad de la restitución, lo que en la práctica no lleva a que deba obtenerse primero una para poderse ejercer la segunda, sino que en la realidad procesal ambas vertientes se ejercen de forma conjunta en un mismo procedimiento³¹¹.

- ***En cuanto a la no necesidad de perjuicio.*** Tiene esencialmente una razón práctica, potenciándose la protección del incapaz o aquel que sufre el vicio, al que se le permite el ejercicio de la acción a su conveniencia, evitando así la carga de probar el perjuicio que hubiese recibido.

- ***En cuanto al ejercicio por voluntad del protegido por la ley.*** Atribuye a la acción un cierto carácter personal, al ser más una facultad que un verdadero Derecho subjetivo, al entenderse que la anulación y la confirmación (las dos caras de esta facultad) suponen la desaparición o la supervivencia, según se opte por una u otra, de un conjunto de obligaciones y cargas, y, a la vez, de derechos y facultades.

Como es lógico, podrán ejercitar esta acción (legitimación activa) tanto los obligados principal como subsidiariamente y no la podrán ejercitar, por el contrario, ejercerla aquellas personas que contrataron con el incapaz (siempre y cuando fundamenten la nulidad, precisamente, en esta incapacidad), ni aquellos que provocaron el vicio, tal y como lo recoge el artículo 1.302 del Código civil, en el ámbito de los contratos. En esta misma línea, y de forma consecuente, la acción habrá de dirigirse (legitimación pasiva) contra la otra parte del negocio o sus causahabientes, así como contra los terceros que resultasen afectados por sus

³¹¹ Con anterioridad se distinguían no sólo las acciones, sino también los procedimientos, existiendo el “*iudicium rescindere*”, por el que se declaraba rescindido lo convenido al concurrir algún vicio en el negocio, y el “*iudicium seu remedium rescissorium*”, por el que se lograba la restitución de lo entregado.

consecuencias³¹².

Una vez declarada la nulidad del negocio por sentencia judicial firme, queda reflejada la originaria invalidez del negocio. Tiene dicha anulación eficacia retroactiva (*“ex tunc”*), a la vez que despliega sus efectos destructivos a los títulos o derechos que traen su causa en el negocio anulado (*“resolutio iure dantis, resolvitur et ius accipientis”*), con las salvedades ya mencionadas de los terceros de buena fe. Asimismo, surge la obligación de restituir lo entregado (art. 1.303 del C.c.), no pudiéndose exigir dicha restitución a la otra parte mientras no se haya cumplido con la obligación de restituir uno mismo aquello que recibió (art. 1.308 del C.c.). Existe, en caso de imposibilidad de restituir lo percibido, la obligación de devolver los frutos y el valor de la cosa (art. 1.307 del C.c.), con la excepción, claro está, de que la pérdida de la cosa sea imputable a la culpa o dolo de aquel que pretende su restitución y la del caso de menores incapacitados (art. 1.314 del C.c.).

En cuanto al plazo para ejercer la acción, es de cuatro años tal y como lo recoge el artículo 1.301 del Código civil, aunque existen, no obstante, discrepancias³¹³ en si el mismo es de caducidad o de prescripción, en base al criterio de la seguridad jurídica, que se vería vulnerado en el caso de que el ejercicio de la acción aquí tratada fuese indefinido. Transcurrido dicho plazo sin que se haya

³¹² Así lo recogen, entre otras, las SSTs de 20 de Enero de 1.936, de 7 de Marzo de 1.942 y de 26 de Julio de 1.946.

³¹³ Tal y como recoge la SAP de Gerona de 28 de Julio de 2.005: *“En cuanto a si el plazo establecido en el artículo 1301 del Código civil es de prescripción o es de caducidad, ciertamente, la jurisprudencia no es unánime al respecto, sin embargo, las sentencias más modernas se inclinan por considerar que es un plazo de prescripción y no de caducidad, así la sentencia de 1 de febrero del 2.002 señaló que “Lo que resulta decisivo para el rechazo es que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 no ha sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la sentencia de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25-4-1960, 28-3-1965, 28-10-1974, 27-3-1987 y 27-3-1989), al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad.”. Y la de 27 de febrero de 1997 sentó que “Pero es más, y este es un argumento definitivo, la acción de anulabilidad que en su caso ha esgrimido la parte recurrente, está afectada por el instituto de la prescripción, pues ya se ha recalado que no se da el caso de una nulidad absoluta, sino el simple ejercicio de una acción de anulabilidad, y hay que declarar que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301.1 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad (SS. 25 abril 1960, 28 mayo 1965, 28 octubre 1974, 27 marzo 1987 y 27 marzo 1989, como las más emblemáticas)”. También mantienen las Sentencias más modernas de la Audiencias Provinciales que el plazo establecido en el artículo 1301 no es de caducidad, sino de prescripción (así SS de AP de Toledo de 5/10/2000, de Barcelona de 10/04/2003 y 27/2/2004, AP de Valencia de 2/05/2004).”*

ejercitado la acción, el negocio jurídico queda sanado, adquiriendo plena validez desde un principio, como si hubiese carecido de vicio alguno.

B) ¿ES APLICABLE AL TESTAMENTO?

Cuando dentro del ámbito testamentario se habla de nulidad, sin diferenciar entre nulidad y anulabilidad se plantea por la doctrina si debe calificarse dicha acción como de nulidad o de anulabilidad. Máxime si se tiene en cuenta que el régimen de la nulidad fue creado en sede contractual, y que en la regulación que el Código civil hace de esa materia, bajo la rúbrica “*De la nulidad de los contratos*”, no se hace diferenciación entre las categorías de nulidad y anulabilidad³¹⁴.

El Código civil, en su artículo 673 establece que: “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.*”

Esta regulación de nuestro Código civil, referente a los vicios de la voluntad, unido a lo recogido en algunos derechos extranjeros ha llegado a hacer pensar, como hemos dicho, que se trata de supuestos de nulidad relativa³¹⁵, a los que habrían de aplicarse las reglas de la impugnación. De hecho, los citados vicios, en la teoría general del negocio jurídico son causas de anulabilidad y no de nulidad. El Código civil alemán, entiende impugnables los testamentos por error en la declaración o en los motivos (§ 2.078 y 2.079 del BGB³¹⁶), y establece quiénes están legitimados para

³¹⁴ A este respecto vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (*Comentario al Artículo 673 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, Madrid, 1.990, pág. 181) o por VERDERA IZQUIERDO, B. (*La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2.011, págs. 20 y ss.).

³¹⁵ Vid. LACRUZ, notas a traducción *Derecho de Sucesiones* de BINDER, J., Labor, S.A., Barcelona, 1.953, págs. 90 y ss. y 117 y ss.

³¹⁶ Parágrafo 2.078: “*Anfechtung wegen Irrtums oder Drohung:*
(1) *Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde.*
(2) *Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irriige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.*
(3) *Die Vorschrift des § 122 findet keine Anwendung.*”

Parágrafo 2.078: “*Impugnación por error o intimidación:*

la impugnación y cómo y cuando ha de hacerse ésta (§ 2.078-2.083 del BGB³¹⁷). Este

Es impugnable la disposición de última voluntad en la medida en que el causante ha incurrido en error sobre el contenido de su declaración, o no ha querido emitir en ningún caso una declaración con ese contenido, y se debe suponer que no la habría emitido de haber conocido la realidad.

Lo mismo rige en la medida en que el causante ha sido incitado a otorgar la disposición por la creencia errónea o la esperanza de la producción o no producción de una circunstancia, o ilícitamente mediante intimidación.

La disposición del § 122 no es aplicable.

Parágrafo 2.079: “Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten:

Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.”

Parágrafo 2.079: “Impugnación por preterición de un legitimario:

Una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha preterido a alguno de los que resultan ser legitimarios al producirse la muerte del causante, y éste desconocía su existencia al otorgar la disposición, o aquél nació o adquirió la condición de legitimario tan sólo con posterioridad al otorgamiento. La impugnación se excluye si ha de entenderse que el causante hubiera otorgado la disposición también en caso de conocer la realidad de los hechos.”

Tal y como los traduce LAMARCA MARQUÈS, ob. cit., pág. 473.

³¹⁷ Parágrafo 2.080: “Anfechtungsberechtigte:

(1) Zur Anfechtung ist derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde.

(2) Bezieht sich in den Fällen des § 2078 der Irrtum nur auf eine bestimmte Person und ist diese anfechtungsberechtigt oder würde sie anfechtungsberechtigt sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist ein anderer zur Anfechtung nicht berechtigt.

(3) Im Falle des § 2079 steht das Anfechtungsrecht nur dem Pflichtteilsberechtigten zu.”

Parágrafo 2.080: “Legitimados para la impugnación:

Están legitimados para la impugnación quienes resultarían beneficiados inmediatamente por la invalidación de la disposición de última voluntad.

En los casos del §2078, si el error sólo afecta a una persona determinada y ésta está legitimada para la impugnación, o lo hubiera estado de haber vivido al producirse la muerte del causante, nadie más está legitimado para la impugnación.

En el caso del § 2079, el derecho de impugnar sólo corresponde al legitimario.”

Parágrafo 2.081: “Anfechtungserklärung

(1) Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht.

(2) Das Nachlassgericht soll die Anfechtungserklärung demjenigen mitteilen, welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zustatten kommt. Es hat die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

(3) Die Vorschrift des Absatzes 1 gilt auch für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Recht für einen anderen nicht begründet wird, insbesondere für die Anfechtung einer Auflage.”

Parágrafo 2.081: “Declaración de impugnación:

la impugnación de una disposición de última voluntad por la que se instituye a un heredero, se excluye a un heredero legal de la sucesión, se designa un albacea o se anula una disposición de este tipo se efectúa mediante declaración ante el juzgado de herencias.

El juzgado de herencias debe comunicar la declaración de impugnación a quien está directamente beneficiado por la impugnación de la disposición. Debe permitir la consulta de la declaración a toda persona que acredita un interés jurídico.

sistema fue ya recogido también en el Código civil italiano de 1.942 (art. 624³¹⁸).

En cualquier caso, la aplicación de éste criterio en nuestro ordenamiento ofrece grandes dudas, toda vez que se debe tener en cuenta que la anulabilidad, como ya hemos visto, viene caracterizada por la atribución a la persona que se ve afectada por dicha incapacidad o vicio de una serie de prerrogativas o facultades (hacer que se declare la nulidad del negocio, confirmarlo y dejar que caduque la acción). Pues bien, esta atribución de facultades no es posible en el ámbito testamentario por las propias características del testamento³¹⁹, que no se

La disposición del apartado 1 también se aplica a la impugnación de una disposición de última voluntad por la que no se atribuye un derecho a una persona, en especial, a la impugnación de un modo.

Parágrafo 2.082: “Anfechtungsfrist:

(1) Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen.

(2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 206, 210, 211 entsprechende Anwendung.

(3) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind.”

Parágrafo 2.082: “Plazo de impugnación:

La impugnación solo puede realizarse dentro del plazo de un año.

El plazo empieza a partir del momento en que el legitimado para impunar tiene conocimiento de la causa de la impugnación. Las disposiciones de los §§ 206, 210, 211, relativas a la prescripción, se aplican por analogía al transcurso del plazo.

La impugnación queda excluida si han transcurrido treinta años desde la muerte del causante.”

Parágrafo 2.083: “Anfechtbarkeitseinrede:

Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist.”

Parágrafo 2.083: “Exc epción de impugnación:

Si la disposición de última voluntad en la que se impone la obligación de realizar una prestación es impugnabile, el gravado puede denegar la prestación, incluso si la impugnación está excluida según lo establecido en el § 2082.”

Tal y como los traduce LAMARCA MARQUÈS, ob. cit., págs. 473 y 474.

³¹⁸ Artículo 624: “Violenza, dolo, errore

La disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo (1427 e seguenti).

L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, è causa di annullamento della disposizione testamentaria, quando il motivo risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre.

L'azione (2652, 2960) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore.”

³¹⁹ En esta línea vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, T. IV, pág. 82. Donde recogen: “La anulabilidad es acción que no tiene encaje en los testamentos, pues protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1.302). El testador obviamente carece de ella, la protección de sus intereses se atiende mediante el poder de revocar el testamento viciado que en todo momento ostenta. Luego sus sucesores no están legitimados para actuar una acción que él no tenía.” Y vid. también lo dicho por CAPILLA RONCERO (ob. cit., pág. 35), al establecer que: “...el o los impugnantes del testamento no son las víctimas del vicio del consentimiento o de la falta de capacidad, sino por

perfecciona hasta el fallecimiento del otorgante³²⁰, momento hasta el que éste conserva la facultad de revocarlo. Nuestro ordenamiento ha optado por otorgar, tras el fallecimiento del causante, la facultad de solicitar la nulidad de un testamento a cualquier persona que ostente un interés legítimo (heredero que lo sea según testamento anterior o abintestato, por ejemplo), lo que nos lleva a abandonar el sistema de la anulabilidad en pro de la nulidad, aunque, como es obvio, ninguno de dichos interesados tienen el poder de confirmar el testamento viciado.

Tampoco parece que pueda aplicarse el sistema de la caducidad de la acción del artículo 1.301, por los problemas derivados de cuál deba ser el momento inicial a partir del cual pueda computarse dicho plazo³²¹.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que si la finalidad esencial de la nulidad del testamento otorgado con dolo, fraude o violencia es la de mantener y respetar la voluntad del testador, parece que el sistema de la nulidad absoluta debe ser el más adecuado, ya que en realidad el testamento no fue verdaderamente querido por el otorgante³²².

definición terceras personas ajenas al testamento en cuanto negocio, si se parte de la consideración negocial del mismo.”

³²⁰ El cual conserva la facultad de revocarlo, tal y como recoge el artículo 737 del Código civil: “*Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.*”

³²¹ Ya que esto podría llevar a casos en los que la acción hubiese caducado incluso antes de la muerte del causante (si se tomase en cuenta el momento en que hubiese cesado la intimidación o violencia). En cuanto a este aspecto vid. DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 503): “¿Desde cuándo comenzará a computarse el plazo de caducidad de la acción? Si fuera desde el día en que ha cesado la intimidación o la violencia, podrá haber caducado la acción antes de morir el causante, aunque este no estuviere en condiciones de revocar el testamento.”

El Código civil italiano fija el momento para el computo del plazo de caducidad en aquel en que se tuvo conocimiento de la violencia, dolo o error (art. 624.3: “*L'azione (2652, 2960) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore*”), lo que lleva a la paradoja de que la acción pueda estar viva para algunos y extinguida para otros, con los consecuentes problemas que de ello se pueden derivar..

³²² Vid. DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 504), el cual recoge literalmente: “...la anulabilidad se caracteriza por la entrega de una serie de facultades... a la persona que sufriera la incapacidad o estuviera afectada por el vicio del consentimiento (o a su representante legal). Esta atribución no es posible aquí, pues en el momento de fallecer el testador es cuando se perfecciona el testamento... si la finalidad fundamental de la nulidad del testamento otorgado con dolo, fraude o violencia es la de respetar la voluntad del testador, parece que el sistema de la nulidad absoluta es el más adecuado, pues el testamento se postula que no fue verdaderamente querido por el testador.”

Por todo ello, parece más razonable considerar que sólo se puede hablar de nulidad del testamento³²³. Así, podemos recoger, de forma sistemática, los siguientes motivos ³²⁴ que abogan por esta postura: a) que el sujeto que sufrió el vicio y que sería el legitimado para ejercer la acción, es decir, el testador, ya se encuentra fallecido; b) el testamento no es convalidable, ni tan siquiera por el propio testador que lo otorgó; c) el testamento es un acto unilateral y la impugnación tiene su fundamento en la existencia de dos partes; y d) el propio tenor de algunos artículos del Código civil nos lleva a hablar de nulidad, como puede ser el caso de los artículos 663, 673 y 687.

No obstante, también hay autores³²⁵ que se decantan por aceptar la posibilidad tanto de la nulidad como de la anulabilidad dentro del ámbito propio de los testamentos, argumentando, entre otros motivos, la posibilidad de los interesados de convalidar el negocio testamentario. LACRUZ³²⁶, por su parte establece una pluralidad de regímenes de invalidez según la causa, de tal forma que hace referencia a ambas figuras, la nulidad y la anulabilidad, al decirnos: *“1.- Una nulidad insanable, a veces próxima a la inexistencia: casos en los cuales el testamento carece de entidad suficiente para devenir eficaz por prescripción o por el asentimiento, tácito o expreso, de los legitimados para impugnarlo.... 2.- Una nulidad por vicios de forma en casos en los que, objetivamente existe el testamento; no es mera apariencia.... 3.- Una impugnabilidad por vicios materiales o defecto no sustancial de capacidad del otorgante, del género de la anulabilidad de los contratos.”*

³²³ En cualquier caso, nos encontramos con numerosos partidarios de no realizar diferenciación entre nulidad y anulabilidad, como, por ejemplo: DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 503; VALVERDE, ob. cit., págs. 147 y ss.; COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Alianza Editorial, Madrid, 1.975, pág. 535; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, T. IV, cit., pág. 568; o CAPILLA RONCERO, ob. cit., pág. 36.

³²⁴ Vid. VERDERA IZQUIERDO, ob. cit., págs. 22 y ss.

³²⁵ Vid, entre otros, lo dicho por LACRUZ (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 528): “...el simple análisis de los diversos casos de invalidez en las disposiciones testamentarias convence de la existencia de dos clases distintas de aquélla: nulidad absoluta e impugnabilidad.” También en esta línea vid.: ALBADALEJO, *Curso de Derecho Civil*, T. V, Editorial Edisofer, Barcelona, 2.008; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, T. V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.957, pág. 255; OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Editorial Comares, Granada, 2.001, págs. 358 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977, pág. 194; o TRAVIESAS, M., *El Testamento*, en RDP, 1.935, pág. 97.

³²⁶ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 238.

En esta línea, algunos de nuestros ordenamientos forales, como ya hemos visto³²⁷, recogen expresamente esta diferenciación entre nulidad y anulabilidad dentro del ámbito testamentario. Así, la Ley 1/1.999, de 24 de Febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón ya recogía esta diferenciación en sus artículos 108 y siguientes, la cual mantiene el Código del Derecho foral de Aragón en sus artículos 423 y siguientes.

Esta misma dualidad se recoge, como también hemos avanzado ya³²⁸, en algunos de los ordenamientos de nuestro entorno. A este respecto, podemos destacar el caso del Código civil alemán que, en sus párrafos 2.078 a 2.083, diferencia entre nulidad, en los casos de defectos formales y falta de capacidad; anulabilidad, en los casos de vicios de la voluntad; e impugnación. También en esta línea, el Código civil italiano recoge esta dualidad de posibilidades en su artículo 606³²⁹.

III. ANÁLISIS DE LA NULIDAD TOTAL DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS.

La nulidad³³⁰ es aquella anomalía que implica un defecto o vicio que se da en el momento del otorgamiento del testamento y que determina la carencia de efectos jurídicos del mismo. Ésta se produce cuando un testamento no reúne los requisitos y solemnidades exigidos por la ley, por lo que se trata, por tanto, de una invalidez

³²⁷ Para mayor abundamiento a este respecto nos remitimos a lo ya dicho en el Capítulo Tercero del presente trabajo.

³²⁸ Para mayor abundamiento a este respecto nos remitimos a lo ya dicho en el Capítulo Segundo, Apartado IV del presente trabajo.

³²⁹ Artículo 606: “Nullità del testamento per difetto di forma. Il testamento è nullo (1.418 e seguenti) quando manca l'autografia o la sottoscrizione nel caso di testamento olografo, ovvero manca la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro, nel caso di testamento per atto di notaio. Per ogni altro difetto di forma il testamento può essere annullato (1.441 e seguenti) su istanza di chiunque vi ha interesse. L'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.”

³³⁰ Vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit., pág. 3.

originaria, al concurrir en el momento de su otorgamiento³³¹.

La, ya citada, STS de 12 de Noviembre de 1.964 establece que existen dos grupos de causas de nulidad, unas que llama de “*nulidad general*” o total, pues afectan al testamento considerándolo como un todo orgánico indivisible (capacidad, consentimiento, formalidades necesarias para su validez), y que son a las que nos referiremos en este apartado, y otras, que denomina “*causas de nulidad parcial*”, que se verán con detalle en apartados venideros, que lo que hacen es originar la falta de eficacia de la cláusula en que concurren, aunque dejan a salvo, en principio, el resto del testamento, el cual, en cuanto a la parte válida, sigue manteniendo sus efectos.

A) CAUSAS DE NULIDAD TOTAL.

Como hemos avanzado, la nulidad del testamento supone que en su otorgamiento no se han respetado las prescripciones legales necesarias, referidas ya a la capacidad y libertad de testar, ya a las solemnidades formales, o bien por adoptarse alguna de las formas de testar que prohíbe actualmente nuestro Código civil.

Dicho esto, debemos empezar recordando que, tal y como establece el artículo 764 de nuestro Código civil, ya no se mantiene como causa de nulidad testamentaria la ausencia de la figura del heredero (art. 764: “*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.*”), que se mantuvo hasta el Ordenamiento de Alcalá y que tuvo su origen en el Derecho romano.

Realizada la anotación anterior, podemos establecer las siguientes causas que, de producirse, provocarán la nulidad total del testamento en que concurren:

³³¹ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 716.

1. Falta de capacidad del otorgante.- Como no puede ser de otra manera, y al igual que cualquier otro negocio jurídico, el testamento requiere ser otorgado por persona física³³² capaz de emitir dicha declaración de voluntad, de tal forma que el legislador exige, cuando menos, una mínima capacidad en el otorgante que garantice que cuando se realiza la declaración de última voluntad ésta se haga con pleno conocimiento de lo que se está haciendo.

El Código civil regula la capacidad testamentaria en los artículos 662 a 666, bajo la rúbrica, precisamente, *“De la capacidad para disponer por testamento”*. Establece dicha regulación, en el artículo 662, una presunción de capacidad³³³ de las personas físicas, al recoger que: *“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.”* De tal forma que debe ser precisa una prohibición expresa por la ley para perder dicha capacidad.

A este respecto establece el Código civil en su artículo 663.1 que será nulo el testamento otorgado por un menor de catorce años o, como señala el artículo 688 del mismo cuerpo legal, por un menor de edad en caso de que se trate de un testamento ológrafo. Asimismo, también será nulo aquel testamento que sea otorgado por persona que habitual o accidentalmente no se encontrara en su cabal juicio en el momento de otorgarlo, como recoge el artículo 663.2 del Código civil. En este último caso, a falta de sentencia firme que declare la incapacidad debe existir la presunción a favor de la capacidad del testador y, por tanto, de la validez del testamento; así se desprende del artículo 666 del Código civil.

³³² Vid. VERDERA IZQUIERDO (ob. cit., pág. 32), donde recoge que el hecho de que las personas jurídicas no puedan testar no puede considerarse una cuestión de incapacidad propiamente dicha o en sentido técnico, ya que el artículo 662 del Código civil no excluye expresamente a estas personas. De hecho, desde el punto de vista meramente teórico una persona jurídica, a través de sus representantes, podría llevar a cabo el hecho de la declaración de voluntad testamentaria, lo que ocurriría en estos casos es que el hecho desencadenante de la eficacia y, consecuentemente, de los efectos del testamento así otorgado, que no sería otro que la muerte de la persona jurídica, no se produciría nunca. Ya que éstas lo que hacen es extinguirse y dicho proceso, junto con sus consecuencias y efectos, habrá de realizarse conforme establece el artículo 39 del Código civil. De tal forma que puede decirse que las personas jurídicas no disponen de testamentación activa.

³³³ Esta presunción ya venía recogida en Las Partidas (6, 1, 13) que establecían: *“...todos aquellos a quienes no es defendido por las leyes desde nuestro libro, pueden hacer testamento.”*

Mención aparte merece el hecho de que, a día de hoy y pese a los diversos avances que existen, el Código civil aún recoge casos en los que determinados sujetos, que tienen capacidad para testar, no tienen reconocida la aptitud para ello, como pueden ser los casos de ciertas discapacidades físicas o psíquicas. Casos estos que podrían ser de nulidad total o incluso de inexistencia, al considerarse como materialmente imposible que el sujeto haya realizado el testamento en cuestión. Dentro de este grupo el Código civil recoge: a) a los sujetos que no saben escribir, que no podrán otorgar testamento ológrafo (art. 688); b) los ciegos o quienes no sepan o no puedan leer, que no podrán otorgar testamento cerrado (art. 708) y para otorgar testamento abierto necesitarán que concurran los requisitos del artículo 697.2; c) los sordomudos que no sepan escribir, que no podrán formalizar testamento cerrado (art. 709 *a sensu contrario*); d) los sordomudos que no sepan ni leer ni escribir, de forma estricta, se podría llegar a entender que no podrían otorgar forma alguna de testamento³³⁴, lo que no tendría ningún sentido, por lo que entendemos que siempre que se pueda superar la barrera comunicativa entre otorgante y notario este podrá otorgar testamento.

2. Inobservancia de las solemnidades legales.- No es más que un reflejo del citado carácter solemne de los testamentos, que ya recogió de forma destacada la STS de 10 de Junio de 1.944 al determinar que: *“Uno de los dogmas fundamentales de la sucesión mortis causa es que la forma es esencial al acto testamentario.”*³³⁵. En esta línea, el artículo 687 del Código civil establece que: *“será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades legales”*. Se refiere a las recogidas en el Capítulo I del Título III, correspondiente a las sucesiones, que recoge la capacidad de disponer por testamento, las normas generales acerca de los testamentos, su forma y la regulación específica de los testamentos ológrafos, abiertos, cerrados, militares, marítimos y los otorgados en país extranjero, así como lo referente a su ineficacia y revocación.

³³⁴ En este sentido vid. ALBI AGERO, J., *Testamentifacción Activa de los Sordomudos que no Sepan Leer ni Escribir*, en *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1.942, pág. 175.

³³⁵ En este mismo sentido encontramos la STS de 8 de Marzo de 1.975.

En esta misma línea nos encontramos el precepto 715, en lo que se refiere al testamento cerrado, así como este mismo precepto y el artículo 705 en cuanto prevén la responsabilidad del propio notario autorizante en el caso de que la nulidad, por esta causa, se debiese a su malicia, negligencia o ignorancia inexcusables, es decir, dolo o culpa en su grado de grave³³⁶. Debe tenerse también en cuenta el artículo 688 en cuanto al testamento ológrafo se refiere.

Este formalismo excesivo y la necesidad de la forma traen su causa en la exigencia de asegurar la verdad legal recogida en las declaraciones de última voluntad. Objeto este que ya fue recogido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de Noviembre de 1.929 y que lo fijaba en: *“...asegurar la verdad legal y facilitar la expresión de las últimas voluntades, de donde se deduce que nunca puede ser indiferente la forma de testar, porque pueden prestarse al fraude y a la mala fe.”*

Todo este rigor formal nos lleva al punto de que, en el ámbito testamentario, no es suficiente que se conozca de forma indubitada la verdadera voluntad del testador, sino que, ante la colisión de respeto a dicha voluntad y la seguridad jurídica (en cuanto a la forma) prevalece la segunda³³⁷. Aunque esto no debe llevar a un abuso del rigor formal³³⁸.

³³⁶ En este sentido vid., entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1.990, pág. 370.

³³⁷ En esta línea vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., págs. 209 y ss.

También se ha pronunciado a favor de la forma el Tribunal Supremo, valga por todas la Sentencia de 25 de Abril de 1.991, que expone: *“...afecta la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio de dat esse rei, y ni aun acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación.”* Y con anterioridad la STS de 14 de Junio de 1.958, que estableció que: *“...los negocios jurídicos mortis causa, por no servir directamente al tráfico, son, en general, formalistas en cuanto a la exigencia de ciertos requisitos... que corporizan el acto mismo y general de su nacimiento a la vida del Derecho (forma dat esse rei) al extremo de que poco importa que la voluntad en ellos declarada sea reconocida por el intérprete como exacta, seria y reflexiva si no se llenan a la vez los mandatos legales del caso, no en vano exigidos por vía de solemnidad en garantía de todos, dado que al ser omitidos no existe la posibilidad de subsumirlos dentro del propio negocio y el contenido de éste cae inerte o sin eficacia en la esfera del Derecho más por inexistencia o nulidad absoluta que por anulabilidad.”*

³³⁸ Vid., entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, T. IV, cit., pág. 360.

No obstante, si un testamento no reúne los requisitos de un tipo en concreto de testamento, esto no tiene por qué llevar directa e inevitablemente a su nulidad, ya que el mismo puede continuar manteniendo su validez, en caso de que reúna los formalismos necesarios y requeridos por otro tipo de testamento, como ocurre, por ejemplo en el caso del testamento cerrado nulo, que puede ser válido como testamento ológrafo, tal y como se dispone en el artículo 715 del Código civil.

El Tribunal Supremo³³⁹, a la hora de interpretar estas causas de nulidad, ha rebajado, en cierta medida, la aplicación del tenor literal de las citadas normas, al considerar que ciertos defectos de forma no tienen la entidad suficiente como para provocar de por sí la nulidad del testamento.

3. Otorgamiento en una forma no permitida por nuestro ordenamiento.- El Código civil establece un “*numerus clausus*” de clases de testamentos permitidos. No cabe por tanto ningún testamento que no encajara en una de esas clases. En esta misma línea, el propio Código civil prohíbe expresamente algunos tipos de testamentos, como pueden ser el mancomunado (arts. 669 y 733³⁴⁰) o el realizado por comisario o mandatario o dejada su formación al arbitrio de un tercero (art. 670).

4. Concurrencia de vicios de la voluntad.- Como es lógico, para que el testamento sea válido este debe ser otorgado de forma libre y sin vicio alguno que afecte a la voluntad del otorgante.

³³⁹ Ver la jurisprudencia recogida por LUCAS FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 376.

También se pueden citar a este respecto las SSTs de 15 de Febrero de 2.001, de 24 de Noviembre de 2.004 y de 11 de Diciembre de 2.009, que recoge: “*Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio favor testamenti, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia.*” y sigue, “*Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad...*”.

³⁴⁰ Vid., en cuanto al testamento mancomunado, CUADRADO IGLESIAS, M., *El Testamento Mancomunado en el Ordenamiento Jurídico Español Después de la Ley 24 de Diciembre de 1.981*, en RDP, 1.983, págs. 1.091 a 1.116.

Los vicios de los que aquí tratamos no son vicios del testamento en sí, sino del acto de otorgamiento, con la gran relevancia que ello tiene en el ámbito sucesorio, toda vez que el testamento desplegará sus efectos tras la muerte del otorgante y, por lo tanto, éste ya no podrá impugnar las deficiencias del mismo.

El artículo 673 de nuestro Código civil³⁴¹ establece expresamente que será nulo aquel testamento que sea otorgado con violencia, dolo o fraude³⁴², en contraposición al artículo 1.265 que, para los contratos, establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Es decir, el artículo 673 no alude por separado al error, ni se añade la intimidación a la violencia, pero al contrario sí se hace referencia de forma separada al dolo y al fraude.

- En el caso de la violencia.- Aunque el artículo 673 no distingue entre las dos posibles manifestaciones de la violencia (“vis” absoluta), la “vis” física y la “vis” moral, y la intimidación (“vis” compulsiva), deben entenderse todas incluidas.

El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Febrero de 1.934³⁴³ ya se decantó

³⁴¹ La redacción del citado artículo del Código civil tiene una gran similitud con la finalidad recogida ya en Las Partidas (6, 1, 20), que establecían: “*Como aquel que embarga al que quiere fazer testamento, que non lo faga, debe pechar doblado, lo que fizo perder, a aquellos a quien el testador quiere mandar algo. Voluntad abiendo algund ome de establecer a otro por heredero e su testamento, o de mandarle alguna cosa en el, si otro tercero lo embargasse por fuerça, o por engaño que lo non fiziesse; si el embargo, o el engaño podiesse ser probado, debe aquel que lo fizo, pechar al otro, a quien debe ser fecha la manda, doblado todo aquello, que fizo perder por tal razon como esta.*”

La Base 15 de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1.888, por la que se autorizaba al Gobierno a publicar un Código civil, con arreglo a lo establecido en la misma, ya recogía la necesidad de asegurar la verdad y facilidad de expresión en las declaraciones de última voluntad, al recoger: “*El tratado de sucesiones se ajustará e sus principios capitales á los acuerdos que la Comisión general de Codificación, reunida en pleno con asistencia de los Srs. Vocales correspondientes... ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda a asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades.*”

³⁴² Cabe citar, por todas, la STS de 22 de Febrero de 1.934, que expone: “*concretamente al negocio unilateral testamentario, inspirado en una moción de liberalidad que, por lo mismo, requiere mayor diafanidad y limpieza en las voliciones electivas, la ley establece normas depuradoras de la libre determinación en el querer del causante, y entre ellas sanciona con nulidad el instrumento otorgado mediante violencia, dolo o fraude.*”

³⁴³ Así lo recoge nuestro Tribunal Supremo en la citada sentencia al decir que: “*...dominada la institución testamentaria por la autonomía de la voluntad, no limita el art. 673 el sentido de violencia al de fuerza material*

por esta interpretación, por entender incluida dentro de la expresión de violencia como causa de nulidad de los testamentos la intimidación o “vis” compulsiva. Dicha sentencia parece abrir la posibilidad de una graduación en la intensidad de la violencia, que podría ir desde anular radicalmente el consentimiento, hasta enervarlo relativamente, en el caso de que no consigan destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima. En el primer caso nos encontraríamos ante un caso de nulidad del testamento, mientras que el segundo caso podría dar lugar tan solo a una causa de indignidad del causante de la intimidación. Podemos encontrarnos, en este segundo caso, con el hecho de que el causante de la intimidación no se beneficiase del testamento, al no aparecer en él instituido, o que no se pueda estimar una nulidad radical o insanable del testamento, por lo que en estos supuestos se podría apreciar la anulabilidad de los mismos por vicios en la voluntad³⁴⁴.

En cualquiera de sus manifestaciones, para que produzca sus efectos es necesario que sea grave (que produzca “*timor maioris malignitatis*”), injusta y

invencible vis atrox, vis divina, vis maior, con una inconsecuencia e ilogismo impropios de la naturaleza jurídica de la institución, de su importancia social y de la sistemática del Código civil, si no que embebe en ella la coacción moral intimidatoria, causal, grave e injusta, porque tal criterio responde así a la dirección del pensamiento que guía este aspecto trascendente de la sucesión ex testamento en nuestro derecho; y aunque es verdad la inclusión de las amenazas entre los motivos de indignidad que enumera el art. 756, en apariencia excluidas del 673 por no haber sido designadas en él nominatim no es menos cierto que la violencia y el fraude se citan en ambos y el dolo se omite en aquél, lo que supone más que un defecto de técnica, por la existencia de lagunas susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales, una gradación intensiva de los citados vicios de la voluntad, aptos unas veces, si son agudos, para anular radicalmente el consentimiento cuando lo aniquilan y anonadan, o de enervado otras, relativamente, si el sujeto imputado de coaccionar en provecho suyo no logró destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso y por vía de sanción penal, se le incapacita para suceder a causa de indignidad, conservando incólume el resto de la institución sucesoria; en suma, que si las amenazas en general no deben ser consideradas siempre como materia de violencia moral, aunque revistan entidad suficiente para dotar indignidad, cuando, por el contrario, son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden, por lo tanto determinar la nulidad del testamento, a estímulos del art. 673 del Código civil, y es claro que dentro de esta categoría caen indiscutiblemente las amenazas de muerte como muy calificadas».

También en esta línea, las SSTs de 9 de Mayo de 1.974 y de 3 de Febrero de 1.977, que se decantan por amparar tanto la violencia como la intimidación siempre que sean causales, graves e injustas. El artículo 756.5 del Código civil también parece apoyar esta teoría al equiparar la amenaza a la violencia dentro del ámbito sucesorio, al hablar de la indignidad para suceder.

Algunos autores, tales como DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 135) y LACRUZ (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 208) entienden que la violencia no es un vicio de la voluntad, sino que implica FALTA de consentimiento.

³⁴⁴ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 738 y ss., y los autores allí citados.

decisiva. A este respecto deben tenerse en cuenta los factores propios de la misma, como las circunstancias que rodearon ésta, la edad, sexo y condición de la persona, etc.

En cuanto a la existencia de la violencia y el grado de ésta, no se presume, sino que debe ser probada por quien la alega³⁴⁵.

- Por lo que respecta al dolo o fraude.- Habrá que determinar si son o no términos distintos. Así PUIG BRUTAU³⁴⁶ los entiende como términos similares, mientras que COSSIO³⁴⁷ los establece como términos distintos, de tal forma que el dolo sería el género, el cual entiende como la falta de buena fe, y el fraude la especie, a la que entiende como equivalente al engaño. Este segundo interpreta que el fraude va necesariamente unido al engaño, mientras que el dolo se extiende a otros supuestos, y no requiere, tan siquiera, de forma necesaria, que induzca a error para que se le pueda considerar como causa de nulidad del testamento. Basta con que por medio de los artificios empleados se llegase a anular la voluntad del testador, y surge junto al engaño doloso (fraude), la captación y la sugestión (dolo propiamente dicho).

Cualquiera que sea la postura que se adopte, lo que tiene mayor relevancia es cuándo podemos decir que un vicio de este tipo produce la nulidad del testamento, ya que hay que tener en cuenta que nuestro Código civil no hace mención a lo que debe entenderse por dolo o fraude en el ámbito de los testamentos. En esta línea, debemos decantarnos por la aplicación al ámbito testamentario de lo dispuesto en los artículos 1.269 y 1.270 del Código civil.

“Artículo 1.269.

³⁴⁵ Así SSTs de 3 de Junio de 1.942, de 1 de Julio de 1.946, de 2 de Febrero de 1.950, de 21 de Febrero de 1.961, de 1 de Junio de 1.962, de 5 de Junio de 1.979 y de 14 de Mayo de 1.996.

³⁴⁶ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de...*, T. V, vol. 2º, cit., pág. 187.

³⁴⁷ Vid. COSSIO, *Dolo y Captación en las Disposiciones Testamentarias*, en ADC, 1.962.

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”

“Artículo 1.270.

Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.”

En base a ello cabe decir que nos encontramos ante dolo o fraude que produce nulidad del testamento cuando existan palabras o hechos insidiosos o engaños de tal magnitud que lleven a una persona a otorgar testamento o, en su caso, a revocar uno válido, en todo o en parte, de tal manera que sin la existencia de los mismos la persona no hubiese otorgado ni revocado el citado testamento, o esto se hubiese producido de otra manera.

Pueden provenir estas actuaciones de cualquier persona, se beneficie o no del testamento, y debe ser probado, al no presumirse, por aquel que lo alegue.

- En cuanto al error.- No viene recogido expresamente en el citado precepto y caben dos teorías: entender que en estos casos se aplica la teoría general de los negocios jurídicos o, al contrario, que la misma queda excluida en lo que se refiere a materia testamentaria.

En cuanto a los que entienden que el error invalidaría el testamento podemos encontrarnos a: TRAVIESAS³⁴⁸, ROCA-SASTRE³⁴⁹ o LACRUZ que defienden esta postura

³⁴⁸ Vid. TRAVIESAS, *El Testamento*, cit. loc.

³⁴⁹ Vid. ROCA-SASTRE, L., *Derecho de Sucesiones*, T. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1.995, pág. 282.

aunque basándose en diferentes motivos. El primero se basa en la exigencia del artículo 675 del Código civil de que se aplique la verdadera voluntad del testador, mientras que el segundo llega a dicha conclusión en base a la aplicación analógica del artículo 1.265, del mismo cuerpo legal.

“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

LACRUZ³⁵⁰, por su parte, siguiendo a GORDILLO CAÑAS, también entiende que debe incluirse el error al ser la solución más ajustada al sentido general del ordenamiento.

La teoría opuesta es defendida, entre otros, por OSSORIO MORALES³⁵¹, ALBALADEJO³⁵² y O'CALLAGHAN³⁵³, es decir, mantienen que el error sufrido al hacer una, varias o incluso todas las disposiciones testamentarias de por sí no anula el testamento, ni tan siquiera las disposiciones en que hubiese concurrido el citado error, salvo en aquellos casos expresamente recogidos en nuestro Código civil como causas de invalidez. En principio, por tanto, sólo lo anularía, por ejemplo, en aquellas situaciones en que se deduzca el error del propio testamento y que sin el mismo no se hubiese otorgado el testamento, en virtud del artículo 767. Tesis que suele fundamentarse en que:

1.- No pudo ser un olvido del legislador, por cuanto sí recoge otros vicios distintos al error, incluso recoge éste en el artículo 767 del Código civil.

³⁵⁰ Vid. LACRUZ, *Derechos de Sucesiones*, 1.988, pág. 273.

³⁵¹ Vid. OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 353.

³⁵² Vid. ALBALADEJO, *El Error en las Disposiciones Testamentarias y De Nuevo el Error en las Disposiciones Testamentarias*, en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1.995, págs. 423 y 459; o GORDILLO CAÑAS, *El Error en el Testamento*, en ADC, 1.983, pág. 747.

³⁵³ Vid. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, T. V, Ediciones Jurídicas Dijusa, S.L., San Fernando de Henares (Madrid), 2.011, págs. 113 y 114.

“La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.”

2.- Que del propio artículo 767 citado parece deducirse que el error es irrelevante en los testamentos.

3.- Que el artículo 743 del Código civil establece que las disposiciones testamentarias serán ineficaces en los casos expresamente establecidos, lo que no es, precisamente, la situación del error. Lo que llevaría a que el error sólo determinaría la ineficacia del testamento en los casos expresamente recogidos en el Código y no de forma general.

“Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.”

B) EFECTOS DE LA NULIDAD TOTAL.

Los efectos de la nulidad de los testamentos no son tan claros como los de los negocios jurídicos *“inter vivos”*.

Al igual que el testamento no produce efectos hasta la muerte del testador, tampoco hasta ese momento puede tratarse la nulidad del mismo, máxime cuando hasta ese mismo momento el testamento sigue siendo revocable.

En lo que a los efectos se refiere, vuelve a ser importante la diferenciación entre nulidad y anulabilidad. Puede decirse que se considera como causas de

anulabilidad, de las vistas anteriormente, únicamente la concurrencia de vicios de la voluntad. En este supuesto la acción sólo podría ser ejercida por aquellas personas con un interés directo, es decir, por los beneficiarios de otro testamento, herederos o no, o por los presuntos herederos *“ab intestato”*. En ambos casos, como es lógico, tendría que ejercerse la acción contra los beneficiarios del testamento que se impugna. Debe entenderse que se trataría de una acción personal que prescribiría a los 15 años del fallecimiento del causante, tal y como viene recogido en el artículo 1.964 del Código civil.

“La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince.”

El resto de causas recogidas anteriormente deben considerarse como de nulidad propiamente dichas. De tal forma que, tanto la falta de capacidad, como la inobservancia de las formalidades legales y el otorgamiento en forma no permitida, con las salvedades mencionadas en cada caso, son causas de nulidad absoluta, que pueden ser, por tanto, objeto de una acción por parte de cualquier persona o incluso de oficio, acción que, por otra parte, es imprescriptible y no subsanable.

En cuanto a los efectos propiamente dichos de la declaración de nulidad podemos encontrarnos en diferentes situaciones, en función de si existe o no un testamento anterior válido.

1.- Existe un testamento anterior válido.- Declarada la nulidad total del testamento, recuperará su eficacia el último testamento anterior que sea válido, toda vez que éste no habría perdido su eficacia al no existir ya, y no haber existido nunca, un testamento posterior perfecto y válido que lo derogara, tal y como se desprende del artículo 739 del Código civil.

“El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

En esta misma línea se pronuncian nuestros tribunales³⁵⁴, que exigen para la revocación de un testamento la existencia de uno perfecto posterior, por lo tanto, de uno válido, dado lo cual, un testamento nulo nunca puede producir la revocación del anterior, toda vez que lo que es nulo no puede producir efecto alguno.

2.- No existe un testamento anterior válido.- La declaración de nulidad del testamento dará lugar a la apertura de la sucesión *“ab intestato”* o intestada, tal y como lo establece el artículo 912.1 del Código civil.

“La sucesión legítima tiene lugar:

1. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.”

Debe hacerse notar la salvedad de que no se producirá la apertura de la sucesión intestada en los casos de conversión recogidos en el artículo 715 del Código civil, en el que se establece que un testamento cerrado nulo puede valer como testamento ológrafo, si concurren los requisitos de éste tipo de testamentos.

“Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el

³⁵⁴ Ver las SSTs de 18 de Diciembre de 1.928, de 18 de Diciembre de 1.958, de 14 de Mayo de 1.996 y de 1 de Julio de 1.996.

*Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. **Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.***

En caso de que la nulidad del testamento derivase de dolo, fraude o violencia por parte de un heredero éste perderá su derecho a la herencia, además de las responsabilidades criminales que pudiesen derivarse de su conducta, tal y como lo recoge el artículo 674 del Código civil.

En ambos casos, también se producirá, como es lógico, la restitución de los bienes hereditarios a los herederos, “*ab intestato*” o instituidos en testamento anterior que haya recobrado la vigencia.

C) ACCIÓN DE NULIDAD.

El Código civil la denomina impugnación en el ámbito testamentario y la recoge, a “*sensu contrario*”, en el artículo 675 párrafo 2, cuando señala: “*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley*”.

Como es sabido, para que se produzca la nulidad del testamento es necesario no sólo que exista una causa de nulidad, sino que, además, se ejercite, por quien esté legitimado, la acción correspondiente a este respecto. Así, podemos encontrarnos ante casos de nulidad absoluta, que puede incluso apreciarse de oficio, y de nulidad relativa, que no sería apreciable de oficio y sólo a instancia de quien tenga un verdadero interés legítimo en la declaración de la nulidad.

En cuanto a las características de esta acción, tal y como hemos avanzado, cabe decir que: a) es una acción de orden público, toda vez que el testador no puede

impedir que se produzca la misma³⁵⁵ (art. 675.2 del C.c.); b) es una acción personal³⁵⁶, así lo determinó ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de Junio de 1.928³⁵⁷; c) es una acción declarativa, de tal forma que su única finalidad es establecer la existencia de un defecto en el testamento en cuestión que conlleva aparejada su nulidad; d) en cuanto a si es una acción apreciable o no de oficio, nos encontramos con posturas diversas³⁵⁸, aunque entendemos, como ya hemos avanzado y como ha recogido el Tribunal Supremo³⁵⁹, que sí cabe la apreciación de oficio, en algunos casos.

a) Elementos.

Podemos dividirlos en diversos grupos, personales, reales y formales, conforme al siguiente desarrollo.

1. Elementos personales.

A su vez, los podemos dividir en dos grupos: a) aquellas personas que poseen la legitimación activa, es decir, todos aquellos que resultarían beneficiados por la declaración de nulidad que, en su caso, se obtuviese o que puedan tener algún tipo

³⁵⁵ Como ya recogió la STS de 15 de Febrero de 1.911.

³⁵⁶ Vid. VERDERA IZQUIERDO (ob. cit., pág. 148), que recoge que es cuestión distinta que a esta acción personal se le pueda unir una acción real, como en el caso de que junto a la acción de nulidad se ejercite la restitución de los bienes de la herencia.

³⁵⁷ Que nos expresa al respecto: “*La acción de un testamento cuyo carácter real o personal pudo ser objeto de discusión en los tiempos antiguos, no puede actualmente originar dudas, dada la amplitud que a los derechos patrimoniales ha dado nuestro Código civil, siguiendo las huellas trazadas en el código italiano.*”

³⁵⁸ Hay autores, como LACRUZ, (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 259) o MARTOS CALABRUS, M. A. (*Las Solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2.000, pág. 287), que se decantan por admitir la apreciación de oficio en los casos de defecto formal, pero no en los casos de preterición o vicio de la voluntad, mientras que otros, como CAPILLA RONCERO (ob. cit., pág. 47) o DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILLA, E. (*Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2.009, pág. 85).

³⁵⁹ Así cabe destacar la STS de 21 de Junio de 1.986, que en relación al artículo 687 del Código civil, recoge jurisprudencia anterior y establece: “*...el carácter imperativo determina su aplicación por los Tribunales cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo 6 del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal, nulidad que conforme a las sentencias de 27 de Mayo y 27 de octubre de 1.949, puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino de oficio.*”

de interés en dicha declaración; y b) aquellas otras personas que poseen la legitimación pasiva, es decir, las personas que hayan recibido derechos del testamento que se trata de anular, o lo que es lo mismo, aquellas personas que tengan interés en la validez del testamento.

- **En cuanto a la legitimación activa.**- Como hemos avanzado, esta acción no tiene carácter público, por lo que sólo la podrán ejercitar los interesados³⁶⁰. De hecho, dicha acción no se reconoce ni al propio testador³⁶¹, ya que éste dispone de la vía de la revocación.

Pueden citarse, siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ³⁶², como legitimados al ejercicio de la acción de nulidad las siguientes personas³⁶³:

³⁶⁰ Vid. DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.991, pág. 25.

En esta línea también la RDGRN de 26 de Septiembre de 1.904, que expone: “...sólo a los interesados compete suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez.”

En esta línea ya se pronunciaba el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de Mayo de 1.892; de 26 de Junio de 1.907; de 14 de Octubre de 1.908; de 13 de Julio de 1.989, que recoge las anteriores y expone: “...la acción para impugnar la validez y eficacia de los testamentos corresponde exclusivamente a los que por llamamiento de la Ley ostentan el carácter de herederos, a falta de disposición testamentaria.”; o de 21 de Noviembre de 2.007. También han recogido esta postura las diversas Audiencias Provinciales, como por ejemplo: SAP de Madrid de 10 de Octubre de 2.006, SAP de La Coruña de 21 de Noviembre de 2.007 o SAP de Santa Cruz de 25 de Abril de 2.008.

³⁶¹ Vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit., pág. 44.

En esta línea, la STS de 7 de Abril de 1.903 ya establecía que: “... durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste..., ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o rectificar sin contención de ninguna clase... no existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado, y en uso de las cuales, invocando el nombre del mismo para el caso actual, más se actuará en beneficio y defensa de los sucesores abintestato que en consideración a los derechos no menoscabados del testador.”

A mayor abundamiento, la STS de 23 de Marzo de 2.010 niega la legitimación de un tutor para pedir la nulidad del testamento por causa de incapacidad del testador cuando éste aún no había fallecido, alegando entre los motivos: “3º El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz, serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción tampoco estará legitimado el tutor.”

³⁶² Vid. RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 523 y ss.

³⁶³ Existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo a este respecto, de entre las que podemos destacar las siguientes: la de 10 de Mayo de 1.892, que niega legitimación a los actores debido a la existencia de parientes más próximos, reconocidos por ellos mismos; la de 17 de Noviembre de 1.898; la de 26 de Junio de 1.907; la de 14 de

- Los herederos instituidos y legatarios favorecidos en cualquier testamento previo.
- Los herederos que sucederían “*ab intestato*” en caso de declararse la nulidad.
- Los albaceas universales designados en cualquier testamento anterior, entendidos como tales aquellas personas facultadas para mantener la voluntad del testador³⁶⁴.
- Los sustitutos³⁶⁵, para el caso de que lo que se impugne sea el primer llamamiento.
- Los herederos con derecho de acrecer, al igual que en el caso anterior.
- A lo que podemos añadir, los propios herederos de los legitimados activamente³⁶⁶.

Octubre de 1.908; la de 27 de Mayo de 1.913; la de 13 de Octubre de 1.934; la de 11 de Diciembre de 1.964; la de 7 de Diciembre de 1.970, que expone: “...la legitimación activa para obtener la nulidad de un testamento conforme al art. 673 CC, corresponde a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión intestada, por hallarse comprendidas entre los presuntos beneficiarios a que se refiere el art. 913 de dicho Cuerpo Legal, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la oportuna declaración de herederos...”; o la de 21 de Noviembre de 2.007, que recoge: “La jurisprudencia de esta Sala es la de que la acción para impugnar la validez y eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de Ley el carácter de tales, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad sería imposible por existir disposición testamentaria.”

³⁶⁴ A este respecto ya se pronuncia la STS de 18 de Diciembre de 1.958.

³⁶⁵ Tal y como lo recoge, entre otras, la STS de 23 de Septiembre de 1.992, que expone: “...con lo previsto en la respectiva cláusula dispositiva de dicho testamento, donde se hace constar que el resto de sus bienes y derechos y acciones, instituye herederos a todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos si a ello hubiere lugar, ha de colegirse que dentro de esos descendientes, el hoy recurrente-actor, eminentemente figuraba con expectante derecho al ser hijo de... descendientes pues del testador; en consecuencia por esa concreta situación jurídica está ab initio asistido el recurrente de una indiscutible condición de persona afectada por las consecuencias de repetida renuncia...”.

³⁶⁶ Vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit., pág. 46. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 25 de Marzo de 1.940.

Por su parte BADOSA, F. (anotaciones a KIPP *Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª edición a cargo de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., Editorial Bosch, Barcelona, 1.976, pág. 283), entiende que esta legitimación activa debería ampliarse aún más, y llegar hasta donde alcance el “*ius vocationis*” y no quedar limitada exclusivamente a

Esta legitimación no es absoluta ya que puede perderse, esencialmente en los casos de nulidad relativa. Así, aunque el Código civil no recoge una referencia expresa a este apartado, pierden dicha legitimación los que hayan reconocido³⁶⁷, ya sea de forma expresa o tácita, la validez del testamento, al quedar vinculados por la teoría de los actos propios, ampliamente reconocida por nuestros tribunales³⁶⁸ su

aquellos a quienes se refiere el “*ius delationis*”, y así expresa: “...la legitimación debe entenderse en sentido amplio a favor de todos los llamados posibles, porque todos ellos y no sólo el titular frustrado del *ius delationis* pertenecen al orden sucesorio eliminado por el testamento a anular y porque la efectiva posición del titular del *ius vocationis* respecto de la sucesión, no puede llegar a saberse con exactitud, hasta el momento en que se vea vigente el orden sucesorio al que pertenece (posibilidad de repudiación, premoriencia o indignidad de los llamados preferentes).”

³⁶⁷ La Partida VI, Título VIII, Ley VI, establecía: “*En cualquier manera, que otorgasse, o consentiesse el fijo, o el nieto, en el testamento ñeque le ouiesen deseredado; assi como si le ouissen dexadomanda en el, o a su fijo, o a otro nero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuesen en el escritas; o consentiesse en el testamento en alguna otra manera semejante, destas, non podría después querellarse, para quebrantar el testamento, nin deue ser oído.*”

En esta línea, el artículo 1.187-3 del Proyecto de 1.851 concretaba que: “*La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se haga, extinguen la acción de nulidad; salvo en los casos en que la ley especialmente dispone de lo contrario.*”

El Código civil de Cataluña recoge una referencia expresa a esta cuestión en su artículo 422-3.3, incluyendo dentro de esta pérdida del derecho al ejercicio de la acción de nulidad del testamento tanto a los que hayan admitido la validez de éste como a los que expresamente hayan renunciado al ejercicio de dicho derecho. En esta misma línea, el artículo 113 de la Ley 17/1.999, de 24 de Febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, que también reconoce expresamente la pérdida del derecho al ejercicio de la acción de nulidad a aquel que lo haya cumplido voluntariamente o haya renunciado al ejercicio de la acción.

³⁶⁸ Entre otras recogen la doctrina de los actos propios las SSTs de 8 de Noviembre de 1.895: “...es un principio inconcluso de derecho, reconocido por las legislaciones y confirmado por la jurisprudencia, el que nadie puede volverse contra sus propios actos, no siendo posible juzgar nulo lo que antes se aceptó como bueno en provecho propio.”; de 26 de Noviembre de 1.901: “...no puede invocar en casación como infringidas las disposiciones legales referentes a solemnidades testamentarias aquel que ha prestado su conformidad al mismo testamento, cuya nulidad solicita, al recibir la parte de herencia o los legados que por el mismo le correspondían, conviniendo y pactando con ello sobre su validez....”; de 28 de Febrero de 1.906: “...en materia de sucesiones los actos que tácita o expresamente impliquen por parte del heredero o legatario el reconocimiento de la voluntad del testador, convalidan cuantos defectos formales hayan podido cometerse en su extensión....”; de 15 de Marzo de 1.951: “...si manifestada una determinada voluntad por medio del actor; no puede la misma ser impugnada por quien realizó éstos, ya que no es lícito venire contra proprium sin destruir la seguridad en las relaciones de derecho, lógico se hace entender que así como en la interpretación del negocio jurídico, y según establece el art. 1.288 del citado Código civil, la oscuridad de una estipulación no debe favorecer a la parte que la ocasionó, de análoga manera tampoco puede una de las partes prevalecerse de una reserva mental desconocida por la otra para eximirse de cumplir lo pactado; y que, en el caso discutido, dado que el recurrente prestó con reiterados y concluyentes actos su conformidad a dicha disposición, habiendo comenzado a ejecutarla de acuerdo con su hermano, no cabe se aduzca válidamente que, por no haber llegado a ultimarse el conjunto de operaciones particionales, no obligan al recurrente tales actos....”; de 20 de Octubre de 1.962; de 14 de Junio de 1.963; de 24 de Octubre de 1.963: “...la sentencia ha aplicado rectamente el principio invocado y decae el motivo: máxime si se tiene en cuenta que al solicitar la nulidad del testamento debieron instar también la de la aceptación por error en el consentimiento, que alegaban o por la nulidad radical de la institución, pues de lo contrario y al subsistir la aceptación, queda vigente su acto propio que les veda impugnar el testamento.”; y de 5 de Noviembre de 2.009: “...esta Sala ha declarado algunas veces que no puede admitirse la acción de nulidad del testamento cuando el demandante va contra sus propios actos al ejercitar la demanda de nulidad.... Lo importante es saber si los herederos han efectuados actos suficientes para que los Tribunales lleguen a la conclusión de que se ha producido una especie de convalidación del testamento que después impugnaron. Sólo en el caso de que quede claro que los llamados han aceptado la situación

aplicación en todos los ámbitos. En cuanto al negocio propiamente testamentario se ha admitido esta pérdida de legitimación activa en cuanto a vicios en la forma³⁶⁹, al tratarse de supuestos en los que los defectos no afectan a la sustancia del testamento, y, por lo tanto, no deberían afectar a su existencia. Con mayor razón, si cabe, se aplica en los casos de vicios de la voluntad, por cuanto *“si considerada una determinada voluntad por medio de actos, no puede la misma ser impugnada por quien realizó estos, ya que no es lícito veneri contra proprium sin destruir la seguridad de las relaciones de derecho...”*³⁷⁰.

A este respecto debe destacarse que hasta en la práctica registral, los registradores no pueden rechazar la inscripción de un testamento en el caso de que aquellas personas a quien les afecta lo establezcan o acepten como válido, con la excepción, claro está, de que el vicio constituya, por ejemplo, un delito perseguible de oficio³⁷¹.

No se puede impedir en el propio testamento la impugnación de éste, tal y como recoge el artículo 675 del Código civil.

- ***En cuanto a la legitimación pasiva.***- Es atribuida a aquellas personas que recibieron derechos derivados del testamento que se pretende anular, es decir, aquellas personas a las que perjudique la nulidad del testamento en cuestión, dentro de los cuales se integrarán los acreedores de los instituidos herederos. Debe ser hecha en conjunto, es decir, hay que dirigir la acción contra todas y cada una de

que podría haber sido objeto de impugnación en la medida en que esta aceptación sea incompatible con la pretensión impugnatoria, habrá que considerar que se ha producido una convalidación y ello siempre, claro está, que el testamento no sea radicalmente nulo.”

En cuanto a la teoría de los actos propios propiamente dicha cabe citar: las SSTS de 10 de Julio de 1.997 y de 26 de Enero de 2.006.

³⁶⁹ Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ya desde principios del siglo pasado, recogándose, por ejemplo en las SSTS de 26 de Noviembre de 1.901, de 28 de Febrero de 1.906, de 15 de Mayo de 1.951, de 20 de Octubre de 1.962, de 14 de Junio de 1.963 y de 24 de Octubre de 1.963.

³⁷⁰ Tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de Mayo de 1.951, ya citada.

³⁷¹ Así las RRDGRN de 26 de Septiembre de 1.904, de 2 de Agosto de 1.913 y de 10 de Septiembre de 1.913.

estas personas, no sólo contra algunas de ellas, por lo que han de ser demandados todos los interesados³⁷². De este modo se han llegado a considerar como casos de falta de litisconsorcio pasivo necesario las demandas de nulidad de testamento interpuestas obviando a alguno de los legatarios, cuando no había institución de heredero³⁷³.

También se ha planteado si es necesario demandar a otras personas, distintas a las recogidas en el párrafo anterior, como a los albaceas, notarios (estos segundos en caso de inobservancia de las formalidades legales) o a los contadores-partidores.

Debe decirse, en cuanto a los primeros, que se entiende como necesario que la acción sea dirigida también contra ellos³⁷⁴, al serles atribuida la facultad de sostener la validez del testamento en juicio y fuera de él (tal y como se recoge en el artículo 902.3º del Código civil); no tendría cabida, por tanto, otra interpretación respecto a los mismos.

En lo que a los notarios se refiere, ya resolvió nuestro Tribunal Supremo³⁷⁵

³⁷² En este sentido ya resolvían las SSTS de 10 de Julio de 1.935, de 19 de Abril de 1.933, de 18 de Diciembre de 1.958, de 6 de Abril de 1.967 y de 21 de Febrero de 1.994, que recoge: “*Que no era lícito al demandante evitar el llamamiento de todo los favorecidos en el testamento so pretexto de que obtenida la declaración de nulidad sus derechos hereditarios serían los mismos, supuesto que en cualquier caso no concurre en el objeto de la litis... el defecto de litisconsorcio pasivo necesario ha sido correctamente apreciado por el Juzgador a quo.*”

En cuanto a la obligación concreta de demandar conjuntamente a herederos y legatarios se puede ver lo dicho por las SSTS de 10 de Noviembre de 1.979 y de 26 de Diciembre de 1.979.

³⁷³ Así viene recogido en la anteriormente citada STS de 26 de Diciembre de 1.979.

³⁷⁴ En este caso encontramos sentencias contradictorias del Tribunal Supremo, aunque la vertiente predominante se postula a favor de la necesidad de tener que demandar conjuntamente a albaceas y herederos. Por todas ellas, la STS de 12 de Julio de 1.905.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo que consideran que no es necesario demandar a los albaceas y que basta con demandar a los herederos podemos citar la de 13 de Julio de 1.985 y la de 30 de Septiembre de 1.964, que recoge: “*Sin desconocer las facultades correspondientes a los albaceas para sostener con justicia fuera y dentro de juicio la validez del testamento (art. 902, tercera del Código Civil) no cabe aceptar en absoluto la procedencia del primer motivo de casación, pues dirigida exclusivamente la acción de nulidad contra el heredero instituido, el primordial interés protegido a favor de éste cubre con su llamamiento las condiciones requeridas para establecer una perfecta relación procesal que determine en su día el pronunciamiento jurisdiccional competente sobre la materia litigiosa...*”.

³⁷⁵ Valgan de ejemplo las SSTS de 15 de Marzo de 1.951, de 24 de Octubre de 1.963, de 31 de Enero de 1.964, de 18 de Abril de 1.965, de 27 de Septiembre de 1.968, de 15 de Noviembre de 1.968, de 3 de Junio de 1.972, de 22 de

que no era necesario demandar a los mismos en los casos de defectos formales para declarar la nulidad del testamento y cumplir con el litisconsorcio pasivo necesario; otra cosa serían las acciones que contra los mismos, en su caso, pudiesen iniciarse por defectos en su actuación profesional.

Lo que no obsta para que a los notarios se les puedan exigir responsabilidades a tenor de lo dispuesto en los artículos 705 (testamento abierto) y 715 (testamento cerrado), ambos del Código civil, cuando a ellos sea imputable la causa de nulidad del testamento por no haber seguido las formalidades prescritas y haber existido negligencia o ignorancia inexcusable.

En cuanto al contador-partidor designado en el testamento, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 1.974 se pronuncia a favor de la necesidad de que deban ser demandados a fin de concurrir el litisconsorcio pasivo necesario.

2. Elementos reales.

Ha existido en nuestra doctrina la controversia sobre la naturaleza propia de la acción que ahora estudiamos referente a la declaración de nulidad de un testamento. Dicha controversia, hoy en día ya resuelta, partía de la posible inclusión de la misma en tres categorías distintas: personal, real o mixta.

Actualmente parece que la doctrina es unánime. Como recoge LACRUZ, al tenerse en cuenta la naturaleza del objeto perseguido con la acción de nulidad del testamento debe concluirse que la misma es personal³⁷⁶, sentido en el que ya se han

Octubre de 1.974, de 16 de Diciembre de 1.975, de 10 de de Noviembre de 1.979, de 9 de Mayo de 1.990, de 25 de Junio de 1.990 y de 21 de Noviembre de 2.007, que establece: “*En efecto, la misma no es otra que la que declara de una manera reiterada que en la acción de nulidad de un testamento notarial por incumplimiento de formalidades, no es necesario demandar al notario autorizante (sentencia de 9 de Mayo de 1.990 [RJ 1.990, 3696]), pero en modo alguno requiere que se le demande en aquel juicio si después ha de ejercitarse contra él la acción de responsabilidad. Aunque la antedicha doctrina jurisprudencial pueda y deba ser revisada en función de la decisiva influencia que pueda tener en ese juicio posterior el anterior de pura nulidad testamentaria, no lo hace motivo, sino que le da por sentada en la jurisprudencia de esta Sala, lo cual no es cierto.*” También lo han recogido las Audiencias Provinciales, como en el caso de la SAP de Santa Cruz de 25 de Abril de 2.008.

³⁷⁶ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 724.

pronunciado nuestros tribunales³⁷⁷.

El ejercicio conjunto de la acción de nulidad citada y la de reclamación de los bienes no daría origen a una acción mixta, sino que nos encontraríamos ante la coexistencia de una acción personal (la de nulidad) y una real (la de reclamación de los bienes).

3. Elementos formales.

En cuanto al procedimiento en que debe resolverse este tipo de acciones éste es el procedimiento ordinario, y no en un juicio de testamentaría³⁷⁸. En este mismo sentido se pronunciaba ya el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Octubre de 1.960, donde establecía que la misma tiene que ser tramitada en el oportuno juicio declarativo.

En cuanto a la competencia, y teniendo en cuenta el citado carácter personal, no cabe inferir a este respecto otra conclusión que no sea que la misma debe corresponder a los tribunales de primera instancia del domicilio del demandado.

b) Prescripción de la acción de nulidad.

El tema de la prescripción de la acción de nulidad es un tema cuestionado dentro del ámbito testamentario, toda vez que el Código civil³⁷⁹ no fija un plazo concreto de prescripción de la citada acción de nulidad, lo que lleva a que se puedan dar diferentes opciones, especialmente entre aquellos que entienden como aplicable la anulabilidad en el ámbito testamentario y los que entienden como aplicable

³⁷⁷ Así, por todas, la Sentencia de 20 de Junio de 1.928.

³⁷⁸ En línea con la opinión de VALLET lo recoge RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 724.

³⁷⁹ En referencia a este punto, el Anteproyecto del Código civil sí fijaba un plazo de prescripción de tres años. Así, el artículo 683 del citado Anteproyecto establecía: “*La acción de nulidad del testamento, por vicios en sus formas o solemnidades externas prescribirá a los tres años contados desde la muerte del testador si desde luego puso en ejecución el testamento, y en otro caso, desde que se tenga noticia de su existencia.*”

únicamente la nulidad (en cuyo caso la acción sería imprescriptible). Por lo que se ha discutido si este plazo es el de quince años o el de treinta, inclinándose la doctrina por el de treinta años desde la muerte del causante³⁸⁰.

LACRUZ³⁸¹ diferencia: a) Aquellos casos en que nos encontramos ante un vicio de consentimiento, para los que entiende que se dispone de un plazo de cuatro años, en línea con lo establecido en el artículo 1.301 del Código civil (*“La acción de nulidad sólo durará cuatro años”*), toda vez que *“...las personas legitimadas para impugnar un testamento tienen menos facilidad que un contratante para conocer los vicios materiales de que aquél pudiera adolecer.”* b) Aquellos otros en que nos encontremos ante un caso de defecto formal, para los que defiende un plazo de quince años. En los casos de nulidad absoluta, como es obvio, y ya hemos avanzado, la acción será imprescriptible. También se pronuncia en esta línea VALLET DE GOYTISOLO³⁸².

Otros autores, como ALBADALEJO³⁸³, defienden la aplicación del plazo de quince años a los casos de anulabilidad, en línea con lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código civil (*“La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”*), al entender que nos encontramos ante una acción personal, y nos expone literalmente: *“La acción para pedir la declaración de nulidad del testamento nulo, creo que no prescribe; la encaminada a impugnar los anulables, dura, según la opinión más extendida, quince años.”*. También en esta línea nos podemos encontrar con CASTÁN³⁸⁴ y OSSORIO MORALES³⁸⁵.

³⁸⁰ Vid. ROMERO PAREJA, A., *El Testamento en España. Nuevas Tecnologías y Formas Testamentarias*, Ediciones Cinca, Madrid, 2.007, pág. 98, y la bibliografía allí citada.

³⁸¹ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., págs. 261 y 308.

³⁸² Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del...*, T. II, cit., págs. 201 y 202.

³⁸³ Vid. ALBADALEJO, *Curso de...*, T. V, cit., pág. 366.

³⁸⁴ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, T. IV, vol. 1º, Madrid, 1.992, pág. 455.

³⁸⁵ Vid. OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 474.

Una tercera opción es aquella que propugna la imprescriptibilidad³⁸⁶ de la acción, toda vez que ni tan siquiera el testador puede suprimirla³⁸⁷. En esta línea nos encontramos, por ejemplo a CAPILLA RONCERO³⁸⁸, que entiende que “...la acción de nulidad del testamento es meramente declarativa y, por ende, imprescriptible, sea cual sea la causa de nulidad y el defecto de que adolezca el testamento.”, DE CASTRO³⁸⁹ o COSSIO³⁹⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo parece que se ha decantado por el plazo general de quince años del artículo 1.964 del Código civil al entenderla como una acción personal³⁹¹, aunque en un primer momento esta postura no fue tan clara³⁹².

Nuestros ordenamientos forales, como hemos visto en los apartados correspondientes, dan soluciones diversas a este problema. Así, el Código civil de Cataluña califica el plazo como de caducidad en su artículo 422-3, que empezará a computarse desde el día en que se abra la sucesión. En Aragón, por su parte, la Ley 1/1.999, de Sucesiones por Causa de Muerte, establece, en su artículo 111, la imprescriptibilidad de la acción; lo que es complementado por el artículo 112 de dicho cuerpo legal, que recoge la acción de anulabilidad.

³⁸⁶ Vid. Díez y Gullón (*Sistema de...*, T. IV, cit., pág. 447), que por su parte, exponen: “... si la nulidad se debe a la vulneración o desconocimiento de normas de ius cogens, el régimen debe ser el mismo que se sigue en materia de contratos (imprescriptibilidad), sin perjuicio de que puedan ser usucapidos, si se reúnen las condiciones legales al efecto, los bienes hereditarios.”

³⁸⁷ Como bien recoge VERDERA IZQUIERDO (ob. cit., pág. 150), en estos casos no se puede pretender entender el perdón del indigno del artículo 757 del Código civil como un supuesto de convalidación anticipada, toda vez que el perdón va referido a la persona pero no al testamento que, en su caso, continuará viciado en su otorgamiento.

³⁸⁸ Vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit., pág. 58.

³⁸⁹ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 502.

³⁹⁰ Vid. COSSIO, *Instituciones de...*, T. II, cit., pág. 535.

³⁹¹ A partir de las sentencias de 20 de Junio de 1.928 y de 8 de Mayo de 1.971 el Tribunal Supremo determina que la acción de nulidad tiene un carácter personal: “... puesto que los sujetos son determinados y la acción singular contra aquellos que fueron instituidos, mientras que si fuere real requeriría la relación directa de cosas bienes y la indeterminación del sujeto pasivo.”

³⁹² En un principio el Tribunal Supremo cuestionaba el hecho de que la acción de nulidad fuese sencillamente personal, así lo recogen, por ejemplo, las sentencias de 11 de Mayo de 1.898 y de 12 de Julio de 1.905, que recoge: “...la acción sobre nulidad de un testamento es fundamentalmente personal aunque puede calificarse de mixta en cuanto afecta a la distribución de los bienes.”

IV. REFERENCIA A LA REVOCACIÓN Y A LA CADUCIDAD DEL TESTAMENTO PRODUCTORAS DE INEFICACIA SOBREVENIDA.

A) REVOCACIÓN.

La revocación del testamento es el negocio jurídico unilateral “*mortis causa*” por el que el causante deja sin efecto un testamento anterior, de forma expresa o tácita. Es un acto personalísimo y requiere tener capacidad para testar y una voluntad no viciada³⁹³.

La revocación tiene su base en la propia razón de ser de los testamentos, por cuanto estos recogen y deben recoger la última voluntad del testador, por lo que sólo permitiéndole que la exprese y la modifique hasta el final de su vida se puede entender que recoge ésta y que el testamento cumple por tanto con sus fines propios, y es reflejo también del carácter unilateral de los mismos y del hecho de que éstos no produzcan efecto hasta la muerte del causante. Este derecho es, por tanto, irrenunciable, al devenir de la propia esencia de los testamentos.

Ya en el Derecho romano³⁹⁴ se recogía el hecho de que la voluntad del disponente podía modificarse hasta el fin de los días: “*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vital supremum exitum*” (“*es cambiante nuestra voluntad hasta el final de nuestros días*”). Es recogido también, posteriormente, en Las Partidas³⁹⁵ con el siguiente tenor literal: “*Todo hombre hasta el día de su muerte puede modificar su testamento y hacer otro.*”

³⁹³ Vid. O’CALLAGHAN, X. (ob. cit., pág. 107. Vid.), también a este respecto, la obra allí citada, ALBALALEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.983, págs. 379 y ss.

³⁹⁴ Recogido por ULPIANO en Digesto 34, 4, 4.

³⁹⁵ Partidas 6, 1, 25. Donde se explica que: “*La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda después mudar, quando quisiere, fasta el día que muera; solamente, que sea en su memoria, quando lo camiare, a que faga otro acabadamente*”.

Estas ideas fueron también recogidas en los artículos 719 y 720 del Proyecto de Código civil de 1.851 y en los artículos 917 y siguientes del Anteproyecto de Código civil de 1.882-1.888.

Siguiendo esta línea, también así lo establece hoy en día nuestro ordenamiento en el artículo 737 del Código civil, que recoge expresamente este principio de la libre revocabilidad de los testamentos, diciendo literalmente:

“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.”

El tenor del artículo 737.2 refleja además el carácter proteccionista de la revocabilidad al haber suprimido las cláusulas *“ad cautelam”*, válidas en la legislación anterior³⁹⁶.

Esta voluntad expresada en el testamento es, por tanto, mientras el testador vive, sencillamente eventual, y por ello la ley no protege su contenido contra la voluntad del propio testador. El testamento en si, como acto, es un negocio jurídico perfecto (en caso de reunir todos los requisitos exigidos), pero queda su contenido integrado simplemente por una voluntad eventual que podrá devenir o no en definitiva, pero que mientras viva el testador podrá cambiar en cualquier momento.

Así entendida, la revocación es una declaración de voluntad del propio testador por la que establece la ineficacia del testamento anteriormente otorgado.

³⁹⁶ Vid. LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 230.

La revocabilidad de los testamentos es una nota característica y esencial de estos, que tiene su razón de ser en el carácter unilateral de los mismos, que sólo han de surtir efecto tras la muerte del causante y han de reflejar, en ese momento, la última voluntad real del testador³⁹⁷.

a) Requisitos de la revocación.

El propio Código civil, en su artículo 738 exige que la revocación se realice con las mismas solemnidades necesarias para testar, y esto debe entenderse tanto para los casos de revocación total como parcial, y ya sea ésta expresa o tácita (art.739 del C.c.³⁹⁸).

“El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.”

Para que la revocación se produzca³⁹⁹ no es precisa la llamada “*perfección interna*” del testamento revocatorio, ya que la revocación se producirá aunque el segundo testamento caduque por cualquier motivo, tal y como recoge el artículo 740 del Código civil.

³⁹⁷ Vid. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. 2º, séptima edición, Editorial Reus, Madrid, 1.973, pág. 411.

³⁹⁸ Artículo 739:

“El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

³⁹⁹ En cuanto a los efectos de la revocación, vid. LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 225. Donde nos expresan que aunque un testamento que no se presenta o protocoliza oportunamente no debería tener eficacia revocatoria, la doctrina ha atribuido tal eficacia revocatoria al testamento cerrado objeto de revocación real (así, RDGRN de 1 de Junio de 1.943), pese a que la hoja contenida dentro del sobre no ha sido objeto de la mencionada protocolización. Se basa este razonamiento en el hecho de que en los testamentos no notariales el negocio no ha llegado a tener existencia legal plena, ya que sin la adverbación o protocolización les falta autenticidad, mientras que el hecho del otorgamiento de un testamento cerrado es conocido auténticamente desde el primer momento, indistintamente de que no se conozca su contenido. En base a esto, tanto el testamento abierto notarial (RRDGRN de 1 de Julio de 1.943 y de 30 de Marzo de 1.944), como el cerrado tienen eficacia revocatoria.

“La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos.”

Para su estudio, podemos clasificar los requisitos exigidos para que la revocación de un testamento surta efectos en tres grupos: personales, reales y formales.

1. Requisitos personales.

Debe entenderse la revocación como un acto personalísimo, que requiere de la misma capacidad necesaria para testar, de la voluntad o intención de realizarla y de que ésta carezca de vicio alguno.

- ***Carácter personalísimo.*** Tal y como se recoge en el artículo 670 del Código civil para el otorgamiento, la revocación no puede dejarse en manos de terceras personas, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

- ***Capacidad necesaria para revocar un testamento.*** Hay que establecer que ésta debe ser la misma que se necesita para otorgar un testamento, tal y como viene recogida en los artículos 662 y 688 de nuestro Código civil. Lo mismo parece desprenderse del artículo 742, del mismo cuerpo legal, en cuanto a la revocación real, por el que parece que si se ha perdido la capacidad nos encontraremos ante un caso de destrucción del testamento, pero no de revocación.

- ***Existencia de una voluntad.*** Ésta debe constar claramente, y así lo ha venido manteniendo nuestra jurisprudencia⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ SSTs de 8 de Julio de 1.940, que no considera testamento ni le otorga eficacia alguna a aquel del que pueda dudarse si lo es o que sea sencillamente un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo; de 30 de Septiembre de 1.982 y de 13 Julio de 1.985.

Asimismo, ésta debe, como es lógico, carecer de vicios, como violencia, intimidación, dolo o fraude, o de error en su otorgamiento, tal y como se desprende de los artículos 673 y concordantes del Código civil.

2. Requisitos reales.

Aunque en principio, del tenor del artículo 737 del Código civil parecería que todas las disposiciones testamentarias son revocables, hemos de tener en cuenta que en la práctica sólo son revocables las disposiciones testamentarias que representan la voluntad temporal del testador. A “*sensu contrario*”, nos encontramos con algunas disposiciones que, por su propia naturaleza, que no la del testamento, no son revocables.

Debemos entender que el fundamento del citado precepto es dotar del carácter de revocables a aquellas disposiciones consideradas como de última voluntad, y puesto que el texto legal recoge que tales serán las testamentarias, parece que, ante una posible duda sobre el carácter de una disposición contenida en un testamento, debe optarse por su carácter de última voluntad y, por lo tanto, revocable, salvo que un cuerpo legal, como ocurre con el reconocimiento de hijos del artículo 741 del Código civil, las declare irrevocables, o se acredite de forma indubitada que la mera inclusión de la disposición en concreto en un testamento no la hace, de por sí, de última voluntad eventual del otorgante.

A este respecto entiende LACRUZ⁴⁰¹ que, de forma general, se deben considerar revocables las manifestaciones de última voluntad eventual y aquellas que hechas “*inter vivos*” también serían esencialmente revocables, y por el contrario, irrevocables aquellas que lo son cuando se hacen “*inter vivos*” y tan sólo se aprovechan de la forma testamentaria a fin de facilitar el negocio, mantenerlo en secreto o conseguir sencilla y puramente fines económicos.

⁴⁰¹ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 228.

3. Requisitos formales.

Los artículos 738 y 739 del Código civil nos dan la idea de solemnidad y perfección que debe regir la revocación de cualquier testamento, refiriéndose, como es obvio, al carácter externo o apariencia de la misma. En este sentido hay que decir, pues, que para que se dé la revocación el testamento revocatorio debe ser perfecto, posterior y subsistente.

- **Perfecto.** Debe entenderse por tal aquel testamento válido tanto en su otorgamiento como, cuando se hayan cumplido el resto de requisitos, trámites o formalidades necesarios⁴⁰² para su validez.

Conviene destacar el hecho de que incluso cuando la parte dispositiva del testamento no llegase a surtir efectos⁴⁰³, no afecta a la revocación en él efectuada; es decir, no afecta a la revocación que la sucesión no se produzca en los términos establecidos por el testador, cuando esto no sea por causa del propio testamento sino por los en él instituidos (casos de incapacidad, renuncia, premoriencia, ausencia, declaración de fallecimiento, incumplimiento de la condición suspensiva, etc.).

Ha de hacerse constar en este punto que no es necesario un tipo especial de testamento para revocar al anterior, ni hace falta que el posterior sea de la misma clase que el anterior. De esta forma parece que el Código ni tan siquiera exige,

⁴⁰² Como puedan ser, a modo de ejemplo, la adverbación o la protocolización en el caso del testamento ológrafo, recogidas en el artículo 689 del Código civil (*“El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.”*), o la apertura y la protocolización en el caso del cerrado, como recoge el artículo 714 del mismo cuerpo legal (*“Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*).

Puntualizando lo anterior, como ya hemos avanzado, cabe citar lo recogido por LACRUZ, y OTROS, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 225.

⁴⁰³ RIVAS MARTÍNEZ (ob. cit., págs. 791 y ss.), por su parte, nos expone que lo que es necesario para producir efectos revocatorios es la perfección formal del aspecto externo del testamento revocatorio, no es, por tanto, necesaria la llamada perfección interna, es decir, que la revocación es válida aunque finalmente la sucesión no se produzca en los términos que el testador estableció en el testamento revocatorio.

cuando menos expresamente, que para revocar un testamento se haga uno nuevo⁴⁰⁴, como veremos, sino sólo que se observen las solemnidades que serían necesarias para ello. Esto nos lleva a la conclusión de que para la revocación de un testamento no es necesario que el revocatorio sea de la misma clase que el revocado; lo único esencial es que el testador exprese de forma clara e indubitada su voluntad de revocar, por lo que las palabras o fórmulas que use para manifestarlo serán secundarias⁴⁰⁵.

- **Posterior.** Es un requisito fácilmente apreciable en los testamentos abiertos notariales, al constar inscritos en el Registro de Últimas Voluntades, o cuando este carácter temporal pueda deducirse con certeza de los datos que constan en el propio testamento. El problema deviene cuando no se pueda determinar de ningún modo qué testamento se otorgó antes y cuál después. En este caso nos encontramos con dos posturas.

Una primera que defendería la invalidez o ineficacia de todos los testamentos, al entenderse que se revocan todos recíprocamente, dando lugar a la apertura de la sucesión intestada, en caso de no haber otro testamento anterior válido.

Una segunda, que entendemos como más lógica y que concuerda mejor con el hecho de respetar la última voluntad del testador, que es defendida entre otros por PASTOR RIDRUEJO, DÍEZ PICAZO y LACRUZ⁴⁰⁶, que sostienen que todos esos testamentos pueden ser válidos en conjunto, de tal forma que deberán aplicarse cuantas disposiciones sean compatibles y considerarse ineficaces tan sólo aquellas incompatibles con lo dispuesto en los otros testamentos.

⁴⁰⁴ Vid. OSCAR MONJE BALMACEDA, *Compendio de Derecho Civil...*, T. V, cit., págs. 160 y ss. También se pronuncian en este sentido O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, ob. cit., pág. 1.338.

⁴⁰⁵ En cuanto a los requisitos de la revocación expresa, ver sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1.986.

⁴⁰⁶ Vid. PASTOR RIDRUEJO, F., *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1.964, pág. 84; DÍEZ PICAZO, *Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico*, en ADC, 1.961; LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 225.

- ***Subsistente.*** Es necesario, obviamente, que para que un testamento produzca los efectos que le son propios, entre ellos la posible revocación, debe subsistir, toda vez que si puede aportarse éste no habrá problemas para probar la existencia de la revocación que se pretende. El problema se nos plantea cuando el testamento ha sido destruido. En este caso dependerá del tipo de testamento⁴⁰⁷ ante el que nos encontremos.

Cuestión esencial en este punto es si la sucesión del causante, cuando se sabe que existió un testamento posterior debe regirse por un testamento anterior o debe abrirse la sucesión intestada, entendemos, por nuestra parte, como criterio más acertado el de que en estos casos deberá abrirse la sucesión intestada, con la necesidad previa de acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente en el que se justifique la desaparición del citado testamento posterior.

b) Tipos de revocación.

En cuanto a la revocación, ésta puede ser, de forma general, tanto expresa como tácita; pero existe una tercera opción, que no es válida para todos los tipos de testamento, que es la revocación real del testamento cerrado.

1. Expresa.

Es aquella que se produce cuando el testador manifiesta su voluntad de revocar el testamento existente de forma nominal y solemne en un testamento posterior. Debe cumplir, por lo tanto, con todos los requisitos propios exigidos para el otorgamiento de un testamento. De esta forma la recoge el propio Código civil en

⁴⁰⁷ En el caso de encontrarnos ante un testamento no sujeto a formalidades complementarias, como es el caso del testamento abierto notarial, bastaría para que se produjese la revocación la mera constancia de su existencia, pese a la posterior destrucción del mismo. Por otro lado, si el testamento destruido necesitase de las citadas formalidades complementarias y hubiese un plazo de caducidad establecido para las mismas, transcurrido el mismo, el testamento no podría surtir efectos y, por tanto, tampoco la revocación. En el caso de que la necesidad de formalidades no estuviese supeditada a plazo alguno, para que el testamento destruido no surtiese efectos revocatorios sería necesario probar la imposibilidad de reconstrucción del mismo y que, por lo tanto, no se podrían cumplir las formalidades que serían necesarias para que éste produjese efectos.

su artículo 738, en el que establece que la revocación debe hacerse cumpliendo los mismos requisitos fijados para testar: *“El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.”* Aunque el Código civil no exige, por lo menos de una forma clara y expresa, la necesidad de otorgar un nuevo testamento para revocar uno anterior existente⁴⁰⁸, toda vez que el mismo sólo exige que se respeten las solemnidades propias para otorgar testamento, no que haya que otorgar uno nuevo.

Puede ocurrir que el testador simplemente revoque el testamento anterior sin contener más disposiciones, dando, por tanto, lugar a la sucesión intestada, o que dicha revocación no afecte a la totalidad de una disposición testamentaria, por lo que ésta será eficaz en la parte no revocada. También puede ocurrir que el testamento revocatorio contenga nuevas disposiciones que regulen la sucesión a partir de ese momento, siempre que dicha disposición cumpla, en el aspecto externo, con todos y cada uno de los requisitos exigidos en alguno de los tipos válidos de testamento recogidos en nuestro ordenamiento, y que conste, como hemos visto, de forma nominal y expresa la voluntad de revocar cualquier disposición testamentaria anterior.

Aunque pese a no exigir el Código civil de forma expresa que la revocación se realice en un testamento, la propia naturaleza de la revocación, una vez que se admite la validez del testamento puramente revocatorio⁴⁰⁹, hace difícil imaginar una figura en la que pudiese encajar la revocación que no fuese propiamente un testamento. Y esto es así toda vez que, la revocación, de por sí, ya es un acto de disposición de los bienes, por cuanto de ella se deduce que la voluntad del testador es que se produzca la apertura de la sucesión intestada⁴¹⁰, que es lo que ocurre

⁴⁰⁸ Vid. OSCAR MONJE BALMACEDA, *Compendio de Derecho Civil...*, T. V, cit., pág. 161. En contra se pronuncian O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, ob. cit., pág. 1.338.

⁴⁰⁹ No hay dudas sobre esta admisión, que ya fue recogida por nuestra jurisprudencia en SSTs de 6 de Julio de 1.914 y de 8 de Julio de 1.940.

⁴¹⁰ A este respecto la STS de 6 de Julio de 1.914 que declaró que la: *“... manifestación de una persona legalmente capacitada, aunque se limite y concrete a anular o dejar sin efecto sus anteriores disposiciones de última voluntad,*

cuando el testador se limita a revocar los testamentos o testamento anterior sin hacer ninguna otra disposición.

2. Tácita.

Ésta se produce cuando el testador no expresa su voluntad de revocar el testamento anterior, pero esta voluntad se desprende claramente del otorgamiento de un nuevo testamento, requiriéndose, por tanto, de un testamento posterior perfecto y válido⁴¹¹. A este respecto el artículo 739 de nuestro Código civil, que recoge la misma, establece que:

“El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

Proviene todo lo anterior del Derecho romano, en el que eran incompatibles la duplicidad de llamamientos testamentarios (*“posteriore quoque testamento quod iure perfectum est, superius rumpitur”*), al requerir cada testamento como requisito interno de validez la institución de heredero (*“heredis institutio”*), excepción hecha del testamento de los soldados que podían testar en uno o varios testamentos. De

cuando se hace con los requisitos y solemnidades prevenidas en el art. 694 del Código civil, tiene todo el carácter, valor y eficacia de un testamento nuncupativo o abierto, porque aparte de poderse ordenar en éste disposiciones que no se refieran a los bienes, constituye dicha manifestación una forma determinada de disponer de ellos a favor de los llamados a suceder abintestato”; y la STS de 8 de Julio de 1.940 que estableció que: “... Igualmente nos enseña el indicado art. 667, en relación con el 668 del Código sustantivo, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte; y si bien es verdad que de otros preceptos del mismo Cuerpo legal resulta que está equiparado al testamento propiamente dicho el mero acto revocativo de un testamento anterior que no supone directamente ninguna disposición sobre los bienes, aunque implique disposición por modo indirecto, al abrir paso a la sucesión intestada siempre que se hayan observado en aquéllas solemnidades necesarias para testar (art. 738).”.

⁴¹¹ A este respecto ver lo dicho por la STS de 30 de Septiembre de 1.982.

esta manera, en el Derecho romano, el testamento posterior revocaba en su conjunto al anterior, pese a que sus disposiciones, en principio, hubiesen podido parecer o, incluso, ser compatibles.

Las Partidas siguen éste sistema de eficacia total de la revocación ante la manifiesta incompatibilidad de las instituciones de heredero, aunque con la salvedad de que admiten la validez de legados dispuestos tanto en el testamento revocatorio como en el revocado, que resultaren compatibles entre sí. Y así recogen: *“Empero, las mandas que fizo en el primero, o en el segundo testamento, por Dios o a sus parientes, o a sus amigos, deben valer.”*

Dicha solemnidad interna desaparece con el Ordenamiento de Alcalá, en el que se admitió, y se ha transmitido hasta nuestro Código civil actual, la validez de los testamentos aún cuando no contuvieran designación de heredero alguna, artículo 764 del Código civil (*“El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos”*), así como que el testamento pudiese dedicarse única y exclusivamente a repartir en legados la totalidad o parte de los bienes, artículo 891 del Código civil⁴¹² (*“Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa”*) y la desaparición de los codicilos, al calificar como testamento toda disposición de última voluntad (art. 667 del C.c.).

Los Códigos civiles modernos y en concreto los Códigos civiles de Francia, Italia y Alemania, en contra de los principios del Derecho romano, distinguen entre disposiciones contradictorias y compatibles, y así, consideran revocado el

⁴¹² A este respecto puede consultarse lo dicho por CUADRADO PÉREZ, C., *Distribución de Toda la Herencia en Legados*, en Revista de Actualidad Civil, 2.002.

testamento anterior sólo en cuanto a las disposiciones contradictorias se refiere, y entienden que permanecen, por tanto, vigentes las compatibles⁴¹³.

El Código civil español, por su parte, y en contraposición a los Códigos civiles citados, mantiene en su Proyecto de 1.851 el principio romano, pese a su ya carencia de base ideológica, de tal forma que queda en él tan sólo una arbitraria presunción de revocación total⁴¹⁴. Del artículo 739 de nuestro Código civil actual se desprende que el testamento posterior deroga el anterior tacita y plenamente⁴¹⁵. Este efecto se produce incluso en el caso de que el nuevo testamento caduque, como recoge el artículo 740 del Código civil: *“La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos.”*

En contra del resto de ordenamientos modernos, en el Derecho español la regla es que la revocación integral del testamento se presume, salvo manifestación en contrario del testador⁴¹⁶. Esto nos deja en un punto intermedio entre la imposibilidad de la subsistencia de varios testamentos del Derecho romano y la presunción de coexistencia en lo compatible de los ordenamientos modernos.

Teniendo en cuenta esta definición de la revocación, nos encontramos ante el

⁴¹³ Y así el artículo 1.036 del Código de Napoleón establece, en este sentido, que: *“los testamentos posteriores, que no revoquen de una manera expresa los precedentes, no anularán en estos más que aquellas disposiciones allí contenidas que sean incompatibles o contrarias con las nuevas”*. En esta misma línea se pronuncia el artículo 628 (antiguo art. 920) del Código civil italiano que establece que *“el testamento posterior que no revoca de una manera expresa los precedentes anula en éstos únicamente las disposiciones que sean incompatibles con ellos”*. En cuanto al Código civil alemán, establece en el parágrafo 2.258 que: *“mediante otorgamiento de un testamento es invalidado el testamento anterior en la medida en que el testamento posterior esté en contradicción con el anterior”*.

⁴¹⁴ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., págs. 230 y ss.

⁴¹⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, *La Pluralidad de Testamentos*, en *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1.980, págs. 329 y ss. En él estudia con profundidad la cuestión, desde el Derecho romano, con las diversas evoluciones del Derecho intermedio y moderno y como el Derecho español rompe con esta línea evolutiva, manteniendo las bases del Derecho romano, aunque con excepciones, como pueden ser la declaración de subsistencia del anterior, el testamento posterior sin contenido patrimonial o el caso de la compatibilidad de los testamentos, entre otras.

⁴¹⁶ El Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 739.1 con absoluto rigor, en concreto en la sentencia de 8 de Noviembre de 1.932, en la que se recoge que este precepto establece una presunción *“iuris et de iure”* de abrogación del testamento anterior si el posterior no contiene una cláusula que expresamente confirme aquel.

problema de la conservación o no de la validez de un testamento cuando el posterior no recoge la voluntad expresa de que éste subsista, pero dicha voluntad podría inferirse del tenor del mismo, al otorgar el segundo sólo disposiciones complementarias del primero o sin contenido patrimonial, como pueda ser el caso del reconocimiento de un hijo, o disposiciones de escasa trascendencia, puesto en relación con todo lo ordenado en el anterior testamento, como un legado. A favor de esta teoría se ha pronunciado, tanto la doctrina, MANRESA, y más modernamente DíEZ-PICAZO, ALBADALEJO, PASTOR RIDRUEJO ⁴¹⁷, como nuestra jurisprudencia, que ha establecido la doctrina de la conciliación entre los artículos 739 y 675 ambos del Código civil. A este respecto la STS de 1 de Febrero de 1.988 establece que: *“interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con las del posterior”*, o la STS de 7 de Mayo de 1.990 dicta que: *“la voluntad que se exige en el párrafo primero del art. 739 Cc para dejar subsistente un testamento anterior puede ser sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando aplicando las reglas de interpretación que establece el art. 675 del mismo cuerpo legal aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo”*⁴¹⁸.

En relación con lo anterior LACRUZ⁴¹⁹, considera el artículo 739.1 del Código

⁴¹⁷ Vid. DíEZ-PICAZO, *La Pluralidad de Testamentos...*, cit., págs. 329 y ss.; ALBADALEJO, *Curso de...*, T. V, cit., págs. 270 y ss.; O PASTOR RIDRUEJO, ob. cit., pág. 197.

⁴¹⁸ En este sentido se pronuncia también la STS de 14 de Mayo de 1.996 y las RRDGRN de 12 de Septiembre de 1.947 y de 18 de Diciembre de 1.951.

⁴¹⁹ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. V, cit., págs. 224 y ss.

En estas mismas páginas recoge el examen de las posibilidades de una interpretación liberal del artículo 739.1 del Código civil realizada por DíEZ PICAZO y, posteriormente, por PASTOR RIDRUEJO.

DíEZ PICAZO nos expone que: “la clave del art. 739 hay que buscarla en la tradición romana que pretende recoger. Ahora bien, esto supuesto, resultaría una incongruencia mantener en materia revocatoria el sistema romano, después de haber desechado, de acuerdo con una larga tradición histórica, los principios básicos que le servían de fundamento.” El precepto es “tanto más extraño cuanto que, al promulgarse el C.c. desaparecen los codicilos, que hoy son testamentos; y la regla de la unidad nunca había regido para los codicilos.”

civil excesivo y conducente a consecuencias injustas y, en muchos casos, contrarias a la voluntad del testador. Establece ciertos supuestos de coexistencia de testamentos posteriores: el testamento sin contenido patrimonial; los testamentos interpretativos, aclaratorios o particionales (expresamente previstos en el artículo 1.056 del Código civil); el testamento posterior de cuyo tenor se desprende la voluntad de mantener la vigencia del anterior (en cualquier caso, dicha voluntad no puede ser presumida, sino que ha de demostrarse, pese a lo cual no es preciso que se manifieste expresamente); y, por último, el supuesto del testamento puramente codicilar en el que el testador se limita a establecer uno o varios legados; el de institución hereditaria “*ex parte*”; y el de existencia de diversos testamentos que hacen referencia a un grupo distinto de bienes.

3. La revocación real del testamento cerrado.

La tercera de las formas, también conocida como revocación material, se produce cuando el testador mediante actos y no por palabras expresa su voluntad de revocar el testamento.

En el Derecho justiniano, se admitía como presunción de la voluntad de revocación del testamento la ruptura de las “*tabulae*” por el testador. Dicha regulación fue recogida posteriormente en las Partidas (6, 1, 24), y ha llegado a nuestro Código civil.

La revocación real, en cuanto al testamento cerrado, consiste, por tanto, en la

Pues bien, al considerarse incongruente este precepto con el resto del sistema español, y carente de fundamento objetivo, abre el camino para una interpretación amplia del mismo, con lo que puede llegar a admitirse como pruebas de la falta de intención de derogar totalmente el testamento anterior declaraciones que no fuesen directamente dirigidas a la conservación o no del citado testamento. Así lo entiende PASTOR RIDRUEJO cuando habla de que el Código civil exige únicamente que el testador exprese su voluntad de que: “el anterior subsista en todo o en parte. Nada dice sobre el modo como debe ser expresada esta voluntad. Y por lo tanto para la expresión de la misma se puede acudir a los principios generales del art. 675 sobre la interpretación del testamento.”

En esta línea, nuevamente, DÍEZ PICAZO nos expresa que el artículo 672 del Código civil “es mucho menos exigente para admitir una conjunta eficacia de los testamentos que el art. 739, pues mientras en el art. 739 se requiere una declaración de subsistencia, para el art. 672 basta una simple referencia entre ellos.”

destrucción intencionada del testamento por el propio testador, ya sea mediante la ruptura de las cubiertas del mismo o de los sellos, o al borrar, raspar o enmendar las firmas que lo autorizaron, tal y como recoge el artículo 742 del Código civil.

“Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego de esta forma por el mismo testador.”

Si se tienen en cuenta los antecedentes históricos, como el hecho de las modificaciones realizadas entre la primera edición (*“será ineficaz y quedará sin efecto”*) y la vigente (*“se presume revocado”*) debemos concluir que nos hallamos ante un caso de revocación y no de nulidad del testamento por falta de formalidades, ya que, además, las alteraciones sufridas por un testamento tras su otorgamiento no pueden afectar a su solemnidad⁴²⁰. Debe tenerse en cuenta, también a este respecto,

⁴²⁰ Así se desprende del artículo 715 del Código civil cuando habla del testamento nulo *“en cuyo otorgamiento no se hayan observado las solemnidades pertinentes”*, dejando, por tanto, de lado las vicisitudes posteriores.

Artículo 715: *“Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será*

que la mera destrucción de un testamento no es por sí sola causa de nulidad y puede remediarse, en su caso, mediante la figura de la reconstrucción.

Otra cosa es que alguno o algunos de los supuestos recogidos en el artículo 742 citado puedan afectar a la presunción de autenticidad del testamento en sí, en cuyo caso daría igual que hubiesen sido producidas por el testador o por un tercero. Nos encontraríamos, en estos casos, ante una nueva consecuencia de los desperfectos, ya no en el ámbito propio de la revocación, sino en el de las garantías de autenticidad, aunque ambas pueden llegar a coexistir, y que vienen reguladas en el artículo 742, por razones de oportunidad.

Deben distinguirse dos supuestos: aquel en que el testamento está en poder del testador, en cuyo caso queda revocado si se producen las circunstancias recogidas en el artículo 742, anteriormente citado; o que éste se halle en manos de un tercero, en cuyo caso no quedará revocado por este simple hecho, sino que habrá de probarse, en su caso, la autenticidad del testamento.

Para que la revocación aquí estudiada produzca sus efectos, en cuanto realizada por el propio testador, debe ser voluntaria y consciente; la ruptura tiene que ser realizada personalmente por el testador o por orden de éste⁴²¹; y la ruptura o los desperfectos tienen que ser los recogidos en el artículo 742 del Código civil, y no meras fisuras o erosiones por el paso del tiempo.

En cuanto a los efectos de la revocación, el principal es, como hemos visto, el hecho de dejar sin efecto al testamento anterior, ya sea de forma total o parcial. Dicho efecto se produce a pesar de que el testamento posterior no llegue a tener

válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.”

⁴²¹ Vid. LACRUZ (ob. cit., pág. 234) donde expone que no es necesario que sea el propio testador el que proceda a la laceración personalmente, dicha tarea puede ser encomendada por éste a un tercero, no así la decisión de revocar que es personalísima e intransferible, por lo que para la revocación real se requiere esencialmente su voluntad y consentimiento, no su participación directa.

virtualidad por premoriencia, incapacidad o repudiación de los herederos, tal y como recoge el artículo 740 del Código civil (*“La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos”*) o incumplimiento de la condición impuesta.

En el caso de que estos hechos se produzcan sobre un testamento que carezca de las solemnidades complementarias, como es el caso de la protocolización en el testamento ológrafo, no tiene poder revocatorio⁴²², al carecer de la perfección exigida por el artículo 739 citado. Aunque no tiene sentido pensar que en el caso de que un testador rompiera ante testigos su testamento ológrafo expresando su voluntad de que éste quedase revocado no quedase éste realmente revocado por el hecho de que un heredero pudiese juntar los trocitos de papel y reconstruirlo. Es por ello que, si bien no cabe aplicar a estos testamentos el artículo 742 del Código civil, no cabe tampoco duda de que el citado testamento ológrafo así destruido ha dejado de tener su potencial existencia por destrucción voluntaria de su *“corpus mechanicum”*.

c) Reviviscencia y disposiciones irrevocables.

Los efectos citados de la revocación, en principio, son definitivos, a pesar de la posterior revocación del testamento revocatorio, aunque existe la posibilidad de que en un segundo testamento revocatorio expresamente se establezca que recupere su eficacia el testamento revocado⁴²³ por el primer testamento revocatorio, tal y como

⁴²² Así se pronunció ya el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Junio de 1.925.

⁴²³ Vid., a este respecto, LACRUZ, ob. cit., pág. 226. Donde se recogen las posturas de ALBADALEJO y PASTOR RIDRUEJO, sobre la problemática referente a la existencia de un primer testamento revocado por un segundo testamento meramente revocatorio (es decir, en aquel en que únicamente se revoca el anterior, sin otorgar nuevas disposiciones), cuando un tercer testamento revoca el segundo testamento sin hacer especial mención a la reviviscencia del primero. ALBADALEJO se pronuncia a favor de la apertura de la sucesión intestada, aplicando literalmente el artículo 739 del Código civil, mientras que PASTOR RIDRUEJO, establece que la aplicación del artículo 739.2 del Código civil se refiere, no tanto al segundo testamento que contiene una cláusula revocatoria, sino al que ha revocado tácitamente el primero conforme al artículo 739.1, lo que le lleva a entender que para la reviviscencia del primer testamento, cuando éste ha sido revocado tácitamente por el segundo, es necesaria una declaración expresa en el tercer testamento a este respecto; pero en el caso de que el segundo testamento tenga como

lo recoge el artículo 739 apartado segundo del Código civil, según el cual: *“Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero”*.

De tal manera que, la declaración mediante la cual revive un testamento no deja de ser, a su vez, un nuevo testamento dispositivo, aunque, hay que tener en cuenta que el contenido de este nuevo testamento no se determina por sí sólo, sino que viene recogido en otro negocio o documento. Es, por tanto, un testamento *“per relationem”*⁴²⁴, de los que admite el Código civil en su artículo 672, a cuyo tenor: *“Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo”*.

Pese a la mencionada naturaleza esencialmente revocable de los testamentos, existen excepciones a esta regla, como pueden ser:

El caso del reconocimiento de un hijo⁴²⁵, recogido en el artículo 741 del Código civil, según el cual: *“El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”*. En principio, parece que se referiría al progenitor varón y a los casos de hijos extramatrimoniales, aunque puede afectar a cualesquiera otros casos en que se ponga en duda la paternidad e incluso, de forma excepcional, la maternidad.

fin único la revocación del primero, es decir, que sólo contenga la cláusula revocatoria, la revocación expresa del segundo testamento por un tercero pone implícitamente en vigor el primero.

⁴²⁴ A este respecto puede verse también, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1.956.

En cuanto al negocio jurídico *“per relationem”* se puede consultar lo recogido en su monografía sobre este tema por DÍAZ-AMBRONA, M. D., *El Negocio Jurídico “per Relationem” en el Código Civil*, segunda edición, UNED, Madrid, 1.994.

⁴²⁵ Vid. CAÑIZARES LASO, A., *El Reconocimiento Testamentario de la Filiación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.990, págs. 219 y ss. Ver también RRDGRN de 14 de Marzo de 1.994 y de 22 de Diciembre de 1.994.

Más dudas hay respecto a si la revocación alcanza al resto de disposiciones contenidas en un testamento que no son cláusulas estrictamente testamentarias. En este sentido se pronuncia de forma contradictoria la jurisprudencia⁴²⁶.

LACRUZ⁴²⁷ entiende que aquellas manifestaciones que son irrevocables cuando se realizan “*inter vivos*” deben seguir siéndolo aunque se realicen en un testamento, máxime cuando con esto lo único que se persigue es, aprovechándose de la forma testamentaria, facilitar el negocio, mantenerlo en secreto o beneficiarse económicamente.

Pueden citarse, de forma sucinta, al no ser el objeto del presente trabajo, como casos controvertidos de aplicación de la revocación a las disposiciones contenidas en un testamento los siguientes⁴²⁸:

- ***Reconocimiento de deuda.*** Ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia⁴²⁹ como una disposición típicamente testamentaria o asimilable, por cuanto supone un gravamen a los herederos en beneficio de un tercero, convirtiéndose, al hacerse en testamento, en un legado de deuda.

- ***Reconocimiento de una sociedad mercantil irregular.*** Ha sido entendida como una disposición revocable por nuestro más alto tribunal⁴³⁰.

- ***Elección por el heredero de la cosa legada en un legado genérico.*** En este caso, al contrario que los anteriores, ha entendido la jurisprudencia⁴³¹ que la

⁴²⁶ A favor de que la revocación no llegue a afectar a un acto no testamentario la STS de 11 de Abril de 1.916, y en contra de ello la STS de 12 de Marzo de 1.958. A estos reconocimientos en los testamentos se les ha llegado también a conceder el valor de una confesión extrajudicial, aunque no como elemento único de prueba, sí pudiendo sumarse a otros elementos probatorios, así las SSTs de 6 de Junio de 1.986 y de 1 de Julio de 1.996.

⁴²⁷ Vid. LACRUZ, ob. cit., pág. 228.

⁴²⁸ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 787 y ss.

⁴²⁹ Por todas, ver la STS de 11 de Abril de 1.916.

⁴³⁰ Ver STS de 12 de Marzo de 1.958.

elección de la cosa legada que el testador deja elegir entre las recogidas en la herencia hecha en testamento es esencialmente irrevocable, toda vez que del artículo 877 del Código civil se desprende que la elección del legado, cualquiera que sea el medio por el que se realiza, es irrevocable.

“Si el heredero o legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho a los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.”

- ***El reconocimiento hecho en testamento revocado por otro posterior acreditativo de la existencia de un convenio de venta simulada.*** El Tribunal Supremo⁴³² determinó el carácter de irrevocable de la misma, acabando con las posibles dudas, al no considerar que ésta tuviese el carácter de disposición testamentaria, pese a que la misma pueda llegar a contenerse en un testamento.

- ***La designación de sucesor de título nobiliario***⁴³³. No es considerada disposición testamentaria⁴³⁴, al no formar parte del caudal hereditario del causante, y por lo tanto no precisar de la forma testamentaria para proceder a su designación.

⁴³¹ A este respecto se pronunciaba ya la STS de 23 de Noviembre de 1.904.

⁴³² Ver STS de 6 de Junio de 1.986.

⁴³³ Esta regulación ha sido modificada recientemente por la Ley 33/2006, de 30 de Octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. En cuanto a la misma, de tan sólo dos artículos de extensión, establece en su artículo 1 que:

“El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos.”

El Tribunal Supremo aplicó por primera vez esta nueva regulación en la sentencia de 3 de Abril de 2.008 en la que se establece que la disposición transitoria única de la citada Ley 33/2006 es de aplicación retroactiva y que, en cuanto a la aplicación de la citada disposición a los procesos civiles, se fija como doctrina jurisprudencial *“que la disposición transitoria, única, ap. 3, Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil”*.

⁴³⁴ Ver SAP de Madrid de 10 de Febrero de 2.004.

d) Destrucción del testamento.

Debe tenerse en cuenta en este apartado, como punto de partida, que la desaparición se asimila a la destrucción, por lo que las conclusiones serán las mismas en ambos supuestos.

En cuanto al caso de un testamento notarial, abierto o cerrado, debería constar su otorgamiento en el Registro General de Actos de Últimas Voluntades y, por sus peculiaridades, se ha de presumir su formalidad legal, por lo que, aún no conociéndose su contenido debe atribuirse a estos testamentos eficacia revocatoria⁴³⁵ de los anteriores, en aplicación del artículo 739 del Código civil. En cualquier caso, y pese a esta presunción, a fin de poder acreditar esta eficacia revocatoria e incoar el preceptivo procedimiento “*ab intestato*” es necesario que se haya acreditado en un procedimiento declarativo previo la imposibilidad de reconstrucción⁴³⁶ del testamento⁴³⁷.

En el caso de que el destruido o desaparecido sea un testamento ológrafo, aún cuando éste haya sido comunicado al Registro general de actos de últimas voluntades, no podrá presumirse en él la observancia de las solemnidades legales, salvo prueba en contrario, como pueda ser la existencia de una fotocopia, por lo que en estos casos debe concluirse que la destrucción o desaparición equivaldrá a su no otorgamiento y, en consecuencia, deberá deferirse la sucesión por el testamento anterior y en caso de no haber ninguno previo se abrirá la sucesión “*ab intestato*”.

⁴³⁵ En este sentido se pronuncia la RDGRN de 1 de Junio de 1.943.

⁴³⁶ La citada reconstrucción del testamento abierto se recoge en el artículo 230 del Reglamento Notarial y en el artículo 30 de la Ley Notarial, lo que no impide que se pueda intentar la reconstrucción a través de un procedimiento declarativo ordinario.

⁴³⁷ Ver lo recogido en la STS de 5 de Diciembre de 1.945, que ya en ese entonces se pronunció sobre este extremo.

B) CADUCIDAD.

Debe ser entendida como la carencia de efectos jurídicos por el paso del tiempo, ya sea por el mero transcurso de éste o por no haberse observado las formalidades complementarias, unido, precisamente, al transcurso del tiempo establecido para ello. La caducidad para manifestarse, sobre un testamento perfectamente válido, requiere del transcurso del tiempo y de la ausencia de una determinada conducta positiva, en cualquier caso el efecto de esta será siempre “*ipso iure*”. Una referencia a esta figura la podemos encontrar, de forma general, en el artículo 704 de nuestro Código civil, que regula:

“Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.”

Todos los supuestos de caducidad testamentaria se refieren a casos en que no ha actuado notario autorizante, por lo que su eficacia o bien es temporal o requiere de formalidades posteriores. Dicha caducidad se basa bien en que dada la excepcionalidad y menores garantías de este tipo de testamentos se considera mejor para la seguridad jurídica que prevalezca, en caso de existir, la voluntad establecida en uno normal, o bien en el posible riesgo de poder constatar la autenticidad del documento o de la voluntad del testador si transcurre un excesivo tiempo sin que se lleven a cabo las preceptivas formalidades en cada caso. Pueden distinguirse entre ellos, en función de estos criterios, dos categorías o grupos⁴³⁸:

1. Aquellos en los que la caducidad se produce por el transcurso de un breve periodo de tiempo, al tener una corta eficacia. Dentro de este grupo podemos encontrar:

⁴³⁸ Vid., entre otros, O’CALLAGHAN, ob. cit., págs. 177 y 178.

a. Testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia (art. 703 del C.c.), que caducarán dos meses después de que el propio testador haya dejado de estar en el citado peligro.

“El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.”

b. Testamento militar ordinario (art. 719 del C.c.: *“Los testamentos mencionados en el artículo 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña”*) y testamento militar extraordinario (art. 720 del C.c.: *“Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salvere, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718”*). Caduca el primero a los cuatro meses de la finalización de la campaña y el segundo en el caso de que el testador se salve del peligro.

c. Testamento marítimo (art. 730 del C.c.: *“Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo a lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria”*) y testamento otorgado en peligro de naufragio (art. 731 del C.c.: *“Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720”*). El primero caduca a los cuatro meses del desembarco en cualquier puerto en el que se

pueda otorgar testamento de forma ordinaria, y el segundo, al igual que en el apartado anterior, cuando cesa el citado peligro.

2. En este segundo grupo se hallan los testamentos que caducan cuando transcurre un determinado plazo sin que se hayan cumplido las formalidades necesarias posteriores a su otorgamiento. Entre estos podemos encontrar:

a. El testamento ológrafo (art. 689 del C.c.), que caduca si en el transcurso de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador no se protocoliza ante el Juez de Primera Instancia.

b. El testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia (art. 703 apartado segundo del C.c.), que devendrá ineficaz en el caso de que muera el testador y transcurran tres meses desde dicho hecho sin que se haya procedido a presentar el mismo ante el juez a fin de que se eleve a escritura pública.

c. El testamento militar y el marítimo extraordinarios (artículos 720 y 731 del C.c. respectivamente), en el caso de que muera el testador en el hecho causante del mismo y no se formalice debidamente.

Debe hacerse constar que nada regula nuestro Código civil en cuanto al plazo para cumplir los requisitos establecidos para el testamento cerrado, que, por tanto, carece de este plazo de caducidad.

Como es obvio, la caducidad de un testamento priva a éste de toda eficacia, al resultar formalmente incompleto.

CAPÍTULO V

CAPÍTULO QUINTO

NULIDAD PARCIAL DEL TESTAMENTO COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA. SUS CAUSAS Y EFECTOS.

I. CONCEPTO DE NULIDAD PARCIAL Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES.

A) CONCEPTO.

Al contrario de lo que venía ocurriendo al principio en el Derecho romano⁴³⁹ la nulidad del testamento no siempre tiene que ser total, sino que, como ya hemos avanzado, éste puede ser nulo sólo en parte, es decir, que la nulidad sólo afecte a una concreta institución, cláusula o disposición testamentaria de las recogidas en un mismo testamento, toda vez que el Código civil vigente ya no se apoya en los principios sucesorios romanos del tipo: *“nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potes”*.

De esta forma, cuando el contenido de un testamento o de cualquier negocio no es simple, sino que contiene diversos pactos, cláusulas o disposiciones, que originan una variedad de derechos y/u obligaciones, puede darse el caso, como hemos visto, de que sólo una parte del mismo sea conforme a Derecho, mientras que otra sea contraria al ordenamiento. Es en estos casos cuando nace la disyuntiva de si será nulo todo el testamento o negocio, de tal manera que la nulidad de una parte afecte al resto, o si, por el contrario, podrá considerarse válido el testamento o

⁴³⁹ En cualquier caso, no debe olvidarse, como recoge GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (*La Nulidad Parcial del Contrato*, Editorial La Ley, Madrid, 1.995, pág. 53) que si bien en Derecho romano no existió un concepto general de nulidad parcial, limitándose a aceptar, tan sólo, casos concretos de la misma, lo cierto es que la figura de la nulidad parcial tuvo en el ámbito testamentario su mayor desarrollo práctico debido a los esfuerzos de los juristas romanos por impedir que la falta de la institución de heredero en un testamento produjese de forma inexorable la declaración de invalidez de todo el testamento, lo que llevó a admitir paulatinamente la divisibilidad y autonomía de las diversas disposiciones testamentarias como mejor medio de respetar la verdadera voluntad del testador. Todo ello al seguir lo dicho por CRISCUOLI, *La Nullità Parziale...*, cit., pág. 50.

negocio una vez libre de aquella parte contraria al ordenamiento⁴⁴⁰.

Estas concepciones traen su base en dos brocardos latinos claramente diferenciados. Por un lado, nos encontramos aquel que se basa en que nada justifica que cuando se ha querido una pluralidad de efectos o resultados, no tiene sentido que aquel que por sí mismo sea válido deba dejar de serlo por el mero hecho de que otro no lo sea, *“utile per inutile non vitiatur”*. Y por otro lado, el que se fundamenta en el hecho de que un negocio no es ya el mismo o por lo menos no es el que se quiso por las partes, con los efectos por ellas deseados, con una de sus partes amputadas o nulas: *“unus actus non potest probarte valere, pro parte non”*.

En los textos romanos y en el Derecho canónico ya se recogía la conservación de la parte útil del negocio⁴⁴¹.

Crear una teoría general que dé una solución sobre la categoría de la nulidad parcial que englobe, cuando menos, un número significativo de las hipótesis formuladas hasta la fecha es una tarea de gran dificultad.

En cualquier caso, pese al conocimiento y uso de esta figura ya en el Derecho romano, ésta no se comienza a tratar ni en España⁴⁴² ni en su entorno (Italia⁴⁴³ y

⁴⁴⁰ Vid. ROMÁN GARCÍA, A., *Derecho de Sucesiones*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1.999, pág. 165. Donde recoge que queda clara la existencia de dos clases de nulidad, la que afecta a todo el testamento en su conjunto y la que lleva aparejada sólo la nulidad de una o varias cláusulas, pero que permite la persistencia del resto del negocio.

⁴⁴¹ En cuanto a los textos romanos: *“Nam si tot sunt stipulationes quot corpora: duae sunt stipulationis, una utilis alia inutilis: neque vitiatur utilis per hac inutilis”*, D. 45, 1, 1, también recogido en D. 18, 1, 44, D. 21, 1, 34 y 38, D. 50, 17, 129 y D. 50, 17, 178.

En cuanto al Derecho canónico: *“utile non debet per inútiles vitiare”*, In VIº, reg. 37.

⁴⁴² En España, ROYO MARTÍNEZ, M. (*Transformación del Concepto del Contrato en el Derecho Moderno*, en RGLJ, 1.945, nº. 2, pág. 159) expresaba que la nueva situación económica y social obligaban a acabar con el dilema de *“validez plena o nulidad plena”* y que apareciese un *“tertium genus”*, al que denomina *“revisión o revisabilidad del contrato”* que implica una superación de la atonía característica del Estado liberal y la existencia de una actividad integradora del contrato. El citado autor considera la revisabilidad como un término medio entre la validez y la nulidad, que adquiere de la primera que produce los efectos jurídicos queridos por las partes y de la segunda que no se producen todos los efectos, pero sí alguno de ellos. Revisión que va encontrando su sitio y adquiriendo carta de naturaleza en el ámbito de la práctica. De esta forma, considera que el ordenamiento jurídico deja de ser un censor y no cifra su misión en el signo negativo de la destrucción sino que, por el contrario se convierte en un corrector de pruebas y se centra en el signo positivo de la cooperación.

Francia⁴⁴⁴, por ejemplo) hasta bien entrado el siglo pasado. En esta evolución, podemos hablar de un concepto moderno de nulidad parcial, de un fenómeno nuevo, que nace de dotar en nuestro tiempo de una cobertura jurídica al principio de “*favor negotii*”, derivado de las necesidades sociales y económicas de nuestro tiempo, pese al ya mencionado origen romano y desarrollo dogmático previo decimonónico. Esta figura, por otra parte no es precisamente un fenómeno que sea poco utilizado en la práctica negocial actual.

En esta línea surge la figura de JAPIOT, a quien se ha atribuido, en la doctrina francesa, el haber sido el primero en destacar la necesidad de un nuevo enfoque de la teoría de la nulidad, centrando la trascendencia de la misma en la sanción de la nulidad, y no en el concepto en sí de ésta. La sanción de la nulidad debe adaptarse al fin de la norma, de esta manera, aunque no se habla propiamente de nulidad parcial, se abre el camino a la consideración de la misma como sanción suficiente para conseguir el buscado fin de la norma prohibitiva en cuestión, con su base en el interés general y en la seguridad negocial. Se comienza a plantear la posibilidad de

A este respecto nos expone MARÍN PADILLA, M. L. (*El Principio General de Conservación de los Actos y Negocios Jurídicos Utile per Inutile non Vitiatur*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 96) que cuando ROYO MARTÍNEZ nos habla de la revisibilidad realmente está pensando en las cuatro técnicas empleadas por el principio “*utile per inutile non vitiatur*”, pero de forma confusa.

⁴⁴³ En Italia, antes de que el Código civil de 1.942 regulara, de forma abstracta y general, la nulidad parcial en el artículo 1.419, esta figura era casi desconocida. No es hasta después de la publicación del citado Código civil italiano que se despertara el interés por su estudio. BOLOGNA (ob. cit., págs. 1.108 y ss.), por su parte, reconoce la importancia teórica y práctica de la nulidad parcial y la carencia que ha tenido de un estudio crítico adecuado.

PACCHIONI, G. (*Diritto Civile Italiano*, T. II, Editorial CEDAM, Milán, 1.957, pág. 191), por su parte, establece una figura intermedia entre la nulidad y la anulabilidad a la que denomina “*nulidad relativa o nulidad de orden público*”, cuyos límites no son precisos, lo que conlleva gran controversia y arbitrio judicial.

CRISCUOLI (*La Nullità Parziale...*, cit., pág. 131) califica la nulidad parcial como la mayor sanción civil con la que el ordenamiento jurídico llega a sancionar una parte de una especie negocial contrarias a los límites que se han establecido para la autonomía privada.

⁴⁴⁴ En Francia, por su parte SIMLER (ob. cit., págs. 2 y ss. y 398 y ss.) recoge la misma idea que ROYO MARTÍNEZ, al decir que la propia idea de nulidad parcial le sorprende ya que son muy pocos los que la usan, de tal forma que el autor la llama “*fenómeno jurídico nuevo*”, toda vez que lo entiende como desconocido dentro del Derecho francés y, por tanto, falto de un estudio como noción jurídica independiente. Asimismo, nos recalca que es una noción confusa, pero que es muy importante en la práctica diaria, a la vez que une este nuevo concepto de la nulidad parcial a una nueva idea, más dinámica que en su concepción clásica, de la nulidad. De esta forma nos expone que la sanción de la nulidad debe adaptarse a los fines de las leyes, buscando su eficacia, a lo que añade que la nulidad total del negocio jurídico no es la mejor sanción ni la más eficaz, no siendo, por tanto, la que mejor responde a las nuevas exigencias sociales, de tal forma que hay que atender a las consecuencias de la sanción, a sus repercusiones concretas y al comportamiento de los particulares.

que la nulidad parcial se transforme en la regla en lugar de ser la excepción, toda vez que se entiende que los negocios y actos jurídicos tienen que resolverse únicamente en aquellos casos en que no sea posible otra solución y que, por lo tanto, dicha resolución sea total y absolutamente imprescindible. De esta manera, aunque es discutido entre los diferentes autores, podría llegar a calificarse la nulidad parcial como una *categoría autónoma*, no ya una subcategoría de la nulidad “*stricto sensu*”, sino una tercera categoría intermedia entre la nulidad en sentido estricto y la anulabilidad, entendida como “*nulidad relativa o de orden público*”⁴⁴⁵.

La figura de la nulidad parcial tiene gran importancia, esencialmente en el ámbito de la práctica, que no ha recibido, bajo nuestro criterio, un estudio adecuado por parte de la doctrina, como decimos, no sólo de su vertiente teórica, sino de su vertiente práctica encaminada a su aplicabilidad real⁴⁴⁶. Desde el punto de vista teórico, se puede decir que, la utilidad de esta figura podría ir encaminada a determinar la relación existente entre la nulidad parcial y la total, determinando así los supuestos en que un negocio jurídico (creado, como es obvio, para producir unos ciertos efectos) pueda, pese a tener algún defecto de carácter insubsanable, producir consecuencias al conservar aquella parte a la que no afectan dichos vicios, aunque dichos efectos puedan ser menores, como es lógico, que los producidos por un negocio perfecto. Desde el punto de vista práctico el estudio de la figura de forma adecuada nos puede acercar a ver los casos reales en que un negocio no nulo en su totalidad pueda producir efectos en función de la validez de las partes del negocio o testamento que no se vean afectas de la sanción de nulidad⁴⁴⁷.

El profesor DE CASTRO⁴⁴⁸ distinguió, en su momento, basándose en el Código civil y en la jurisprudencia, tres supuestos de nulidad parcial: nulidad parcial por

⁴⁴⁵ Vid. PACCHIONI, ob. cit., pág. 191.

⁴⁴⁶ En cuanto a la doctrina italiana, esta misma postura es adoptada por BOLOGNA, ob. cit., pág. 1.110.

⁴⁴⁷ Siguiendo a CRISCUOLI lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 68.

⁴⁴⁸ Vid. DE CASTRO, ob. cit., págs. 491 y ss.

mandato de la ley, nulidad parcial conforme a la interpretación legal del negocio y nulidad parcial para evitar el fraude de ley.

En cuanto a la primera, la nulidad parcial *por mandato de la ley*, nos encontramos ante el supuesto de haberse excedido los límites establecidos legalmente, de tal forma que será precisamente este exceso lo que se reduzca o sea nulo, manteniéndose aquel contenido pero ajustado a la ley. El Código civil⁴⁴⁹, sin recoger una regla general, sí recoge diversos artículos en los que se establece que la nulidad de una parte de un negocio jurídico no afectará a la posible validez del mismo, al que pertenezca, en su conjunto.

La segunda a la que hizo referencia fue a la nulidad parcial *conforme a la interpretación legal del negocio*, refiriéndose al caso de mantener la validez del negocio dejando de lado la parte declarada nula, basándose en la posible interpretación del negocio, obviamente, sin olvidarse de la interpretación de la ley. Para la aplicación⁴⁵⁰ de este supuesto es imprescindible estar al propio negocio y

⁴⁴⁹ El Código civil lo regula en los artículos 641, 767, 1.155, 1.260, 1.317, 1.476, 1.608, etc., como ejemplo de cláusulas que se tendrán por no puestas o cuya nulidad no afectará al resto del negocio, y como ejemplos de reducción en lo que exceda a lo establecido por la Ley en los artículos 636, 654, 817, 820, 1.795 y 1.826 (cantidad) y en los artículos 400, 515 y 1.508 (tiempo).

⁴⁵⁰ En el Derecho Civil Francés también se abordó este apartado, así MAZEAUD (ob. cit., párrafo 329), basándose en el artículo 1.172 del Código civil francés, entendió que el contrato sería nulo totalmente en el caso de que éste formase un todo indivisible, en el que quedaría incluida, por tanto, la cláusula nula, manteniéndose sólo la vigencia del contrato en el caso de que pese a la ausencia de la cláusula en cuestión no se pierda la “*economía del contrato*”.

Debe destacarse que ya en 1.958 nuestro Tribunal Supremo estableció las diferencias entre el artículo 1.172 francés citado y el artículo 1.116 de nuestro Código civil, que sería el equivalente, al fijar que en base a nuestro articulado aunque una condición resultase imposible esto no llevaría de forma necesaria y automática a la declaración de nulidad de todo el negocio en su conjunto, así sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1.958. De hecho nuestro más alto Tribunal ha venido defendiendo la posibilidad de concurrencia en un mismo negocio de pactos válidos y nulos, sin que ello afecte al negocio en conjunto, en este sentido ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1.950 dijo: “*que es perfectamente compatible en un mismo acto o negocio de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, como se comprueba en múltiples pasajes de nuestro Derecho.*” Dicho criterio ha sido mantenido con posterioridad, aplicándose a casos con objeto diverso, tales como: transacción con pluralidad de objetos (STS de 11 de Noviembre de 1.955), arrendamiento de minas (STS de 22 de Enero de 1.958), pacto indefinido de indivisión (STS de 17 de Mayo de 1.958), arrendamiento de teatro por tiempo ilimitado (STS de 21 de Mayo de 1.958), condición imposible (STS de 27 de Mayo de 1.958) o absurda e inadmisibles condición (STS de 29 de Abril de 1.960), donación hecha a favor de dos personas que se entiende válida respecto al hijo aunque fuera nula la de la mujer (STS de 7 de Junio de 1.960). Asimismo el Tribunal Supremo ha considerado válidos los contratos pese a que en ellos se encontrasen cláusulas abusivas declaradas, obviamente, nulas, tal y como se recoge en la jurisprudencia recogida en *Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*, en ADC, XIV, 2 (1.961), pág. 336, notas 156 bis a 163.

determinar si el mismo es divisible o, en su defecto, indivisible, ya que, como es lógico, sólo se podrá llegar a aplicarse en el primero de los supuestos. Todo ello, sin dejar de lado la valoración del propósito propio del negocio, las circunstancias de cada caso en concreto, la naturaleza y las exigencias de la buena fe negocial, tal y como exige el artículo 1.258 del Código civil.

En cuanto al tercero de los supuestos, es aquel basado en la nulidad parcial *para evitar el fraude de ley*⁴⁵¹, que hace necesario conservar el negocio en la parte que sea válida, una vez retirado del mismo aquellos acuerdos, pactos o cláusulas que sean nulos. Ejemplos de ámbitos de aplicación de este supuesto, en los que se pretende la protección de aquella parte más débil, son: arrendamientos urbanos y rústicos, usura, ámbito laboral, consumidores y usuarios, etc. Esencialmente viene encaminada a evitar que mediante la introducción de cláusulas por las partes más fuertes se neutralicen por la vía contractual aquellos derechos y garantías establecidos legalmente a favor de aquella parte inicialmente más débil en el acuerdo⁴⁵².

Las notables diferencias que se pueden encontrar entre estos tres supuestos, pese al nombre genérico de nulidad parcial que les rubrica a todos, hacen que la

Más recientemente, y en esta misma línea, podemos encontrarnos con la STS de 22 de Diciembre de 2.008, referente a la vulneración del principio de razonabilidad contenido en el artículo 157.a) de la Ley de Propiedad Intelectual, con la STS de 3 Junio de 2.008, relativa a cláusulas de desistimiento en compraventas de inmuebles, y con la STS de 3 Noviembre de 2.006, referente a cláusulas no negociadas individualmente. Y así lo recoge más recientemente también la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de Febrero de 2.009.

⁴⁵¹ Otro de los fines y fundamentos que ha recogido el Tribunal Supremo para la aplicación de la nulidad parcial, más allá del respeto a la voluntad de las partes o del otorgante es el hecho de evitar fraudes de ley, tal y como lo recoge, por ejemplo, la sentencia de 20 de Mayo de 1.985, que recoge: “... la nulidad de la cláusula contractual en que fueron infringidas normas limitativas legales del precio, no autoriza para decretar la nulidad total de la compraventa en que se contiene, dado que la vulnerabilidad de esta norma limitadora ha de llevar consigo en el ámbito civil, no la nulidad total de la compraventa, pues ello redundaría en beneficio del vendedor, sino la nulidad parcial de la obligación relativa a la excesividad del precio, ya que estas disposiciones legales limitadoras llevan simplemente a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, y ello con independencia de los actos ejecutados por los compradores que, en definitiva, no hacen más que someterse a unas condiciones impuestas por el organismo vendedor, lo que además es consecuencia de la doctrina jurisprudencial reconocedora de la compatibilidad pactos válidos y pactos nulos en un mismo contrato, sin que la nulidad trascienda a todo el negocio.”

⁴⁵² A favor de este uso de la nulidad parcial encaminado a evitar el fraude en cuanto a los ámbitos reseñados ya se pronunció nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 3 de Marzo de 1.963, de 17 de Octubre de 1.987, de 22 de Abril de 1.988, de 15 de Febrero de 1.991, de 23 de Junio de 1.992, de 18 de Marzo de 1.998, de 25 de Septiembre de 2.006 y de 22 de Diciembre de 2.008.

labor de alcanzar un concepto unívoco de nulidad parcial que abarque las especialidades de todos sea una tarea difícil, lo que se puede comprobar al estudiar a los diversos autores que han tratado el tema, como puedan ser CASTÁN, DIEZ-PICAZO o LACRUZ entre otros.

En esta línea, CASTÁN⁴⁵³ habla de nulidades parciales en plural, deja de lado el uso en singular: nulidad parcial. DIEZ-PICAZO⁴⁵⁴ opta por inclinarse hacia la ineficacia parcial del negocio a fin de usarla como medio para reconstruir desde el punto de vista de su regulación positiva, la teoría de la nulidad parcial. Por su parte LACRUZ⁴⁵⁵ viene a decir que, al partir del citado planteamiento de DE CASTRO no es posible llegar a un único concepto de nulidad parcial basándose en el articulado del Código civil que trata la materia, por lo que opta, al igual que lo hace DIEZ-PICAZO, por hablar de eficacia de la parte sana. Estos autores defienden la teoría de que no se debe partir de la nulidad parcial para concluir que el negocio no se extingue, sino que, por el contrario, habría que partir de la existencia inicial del negocio, analizando si la aparición de un vicio en éste lleva a la nulidad de una parte del mismo y si esa nulidad debe llevar a su nulidad total o no, adaptándose, en el segundo caso el negocio a la legalidad. Aunque no puede negarse que en la práctica el resultado de ambas visiones es el mismo. Por su parte, BONET CORREA⁴⁵⁶ la considera el resultado del arbitrio de los jueces y magistrados.

En esta línea, nuestra doctrina⁴⁵⁷ ha encaminado la nulidad parcial y su interpretación, en los casos en que hay que recurrir a la voluntad de las partes, al

⁴⁵³ Vid. CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. I, vol. 2º, pág. 945.

⁴⁵⁴ Vid. DIEZ-PICAZO, *Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico*, en ADC, 1.961, pág. 829. En esta línea también se pronuncian MORENO MOCHOLI, M., *La Legislación de Tasas y el Contrato de Compraventa*, en RGLJ, 1.946, pág. 462; y PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1.980, pág. 546.

⁴⁵⁵ Vid. LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 2º, cit., pág. 294.

⁴⁵⁶ Vid. BONET CORREA, J., *Los Actos Contrarios a las Normas y sus Sanciones*, en ADC, 1.976, T. XXIX, pág. 325.

⁴⁵⁷ Vid. RUÍZ MUÑOZ, ob. cit., pág. 103.

ámbito de la voluntad hipotética de éstas⁴⁵⁸, tal y como hacían la doctrina italiana y alemana esencialmente, de tal forma que será, por tanto, la voluntad de éstas la que determine la persistencia o no del resto del negocio⁴⁵⁹. Esta forma de tratar la materia transforma el problema de la nulidad parcial en un *problema de interpretación* de la voluntad de las partes, desconocida para el que la tiene que encontrar⁴⁶⁰, y posteriormente del negocio y la propia ley, a fin de ajustar la parte que subsista a la voluntad real e inicial de las partes.

Este problema interpretativo, como es lógico, sólo se plantea en los casos en que la ley no regula expresamente los efectos propios de la nulidad de una cláusula en cuanto al conjunto del negocio en el que se encuadra. Es en el resto de los casos

⁴⁵⁸ En cuanto a la aceptación de la figura de la nulidad parcial y su fundamentación, el Tribunal Supremo ha venido basando la misma más en la voluntad de las partes de que el negocio persista que en una obligación legal de que persista el negocio, cuando menos en parte. En esta línea lo recoge, por ejemplo, la sentencia de 4 de Marzo de 1.975 cuando recoge: “... la cuestión de si la nulidad de una parte determina la nulidad de todo el negocio, por tener que apreciarse que si los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación de tal negocio...” En este mismo sentido lo recoge la citada sentencia de 10 de Octubre de 1.977 al decir que: “... A falta de una norma jurídica general sobre la materia ha de estarse para solucionar el problema a la disposición legal concreta (...) teniéndose presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio...” Con posterioridad a esta sentencia el propio Tribunal Supremo ha continuado dando especial relevancia a la hora de aplicar la figura de la nulidad parcial, al hecho de que el otorgante del negocio hubiera celebrado o no el mismo en el caso de conocer la nulidad de dicha parte, así lo recoge, por ejemplo en la sentencia de 7 de Julio de 1.978, donde expone: “...Aunque en definitiva se estime como relevante la intención de los contratantes, de manera que si es presumible la voluntad de los intervinientes en el sentido de que no habrían llegado a concluir el contrato sin la parte inválida, la nulidad alcanzará a todo el negocio y la nulidad será plena, solución que es también la propugnada por la doctrina de este Tribunal al declarar que “la cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo hubieran celebrado sin la parte nula envuelve, a falta de una previsión concreta de la Ley, un problema de interpretación del negocio -Sentencia de 4 de marzo de 1975 y en parecidos términos las de 30 de marzo de 1950, 3 de junio de 1953, 17 de mayo de 1958 y 15 de junio de 1973- que de ordinario llevará a resolver que se produjo ineficacia total cuando se trata de la nulidad de negocios particionales de herencia, en los que se insertan actos dispositivos como renunciaciones y donaciones...” Otra sentencia que cabe destacarse en esta misma vertiente es la sentencia de 17 de Octubre de 1.987, que hace mención directa a la existencia y aplicabilidad de la nulidad parcial al decir: “... sólo algún pacto resulte contrario a la ley, y siempre que conste además que se habría concertado aún sin la parte nula...” En esta misma línea se han venido pronunciando nuestros tribunales, como es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de Marzo de 2.010, que expresa: “... tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia, se inclinan de forma dominante por la admisión de la nulidad o ineficacia parcial de los negocios o actos jurídicos, siempre que concurren los dos siguientes presupuestos: a) que la causa de nulidad no trascienda a la totalidad del acto - SS. 15 febrero 1991, 23 junio 1992 y 16 mayo 2000, del Tribunal Supremo- y b) que conste que el acto se habría realizado igualmente sin la parte nula -SS. 4 diciembre 1986, 17 octubre 1987, 16 mayo 2000 y 25 septiembre 2006-, del Tribunal Supremo”.

⁴⁵⁹ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 70. Y la bibliografía allí citada.

⁴⁶⁰ Tal y como lo recoge la doctrina Italiana, por todos vid.: BETTI, *Teoría General...*, cit., pág. 388; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., págs. 301 y 306; SACCO, R., *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por VASSALLI, T. II, vol. 6, Editorial Utet, Turín, 1.975, pág. 856.

en los que hay que recurrir a la voluntad implícita de las partes, pero sin dejar de lado las regulaciones legalmente establecidas, por cuanto en el caso de que las primeras contraviniesen lo establecido en las segundas prevalecería la norma imperativa.

En esta línea entendemos, con MARÍN PADILLA⁴⁶¹, que la nulidad parcial como una manifestación del principio *“utile per inutile non vitiatur”*. De esta forma, la nulidad parcial consistiría en extirparle al negocio jurídico la parte nula y conservar, en la medida de lo posible, el resto del negocio, es decir, siempre que el negocio remanente tenga entidad propia y satisfaga de forma equilibrada los intereses de las partes de acuerdo con su voluntad y las exigencias de la buena fe.

En cuanto a nuestra Jurisprudencia, hay que empezar destacando como el Tribunal Supremo, incluso antes de la promulgación del Código civil actual ya aceptaba esta figura de la nulidad parcial dentro del ámbito propiamente testamentario. De tal forma que ya en 1.879 el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Abril, dijo:

“... que, aún en el supuesto de que el testador hubiera fundado un vínculo sin llenar los requisitos legales, no por esto sería nulo el testamento: la nulidad en tal caso se limitaría a esa cláusula, pero quedaría subsistente respecto a la institución de heredero universal y a todo lo demás que contiene....”

Tras la entrada en vigor de nuestro Código civil, el Tribunal Supremo, mantuvo su tesis sobre la aplicación de la figura de la nulidad parcial al ámbito testamentario. Así se acredita con lo que recoge la sentencia de 8 de Mayo de 1.894, que señala:

“... que la petición del demandante (...) para obtener la

⁴⁶¹ Vid. MARÍN PADILLA, ob. cit., pág. 103.

declaración de nulidad de las cláusulas del testamento otorgado por Don M. M.. En cuanto se refieren al patrimonio de Alhama de Aragón, no puede considerarse como pretensión de nulidad absoluta del testamento, sino, por el contrario, que lo supone válido y eficaz en las demás cláusulas que contiene, y en este concepto ha podido recibir la porción de bienes que, independientemente de los que constituyen dicho patrimonio, le dejó en su testamento Don. M. M.. Sin que por ello caducase su acción para solicitar la nulidad de aquellas cláusulas que se refieren al patrimonio dicho, por establecerse en ellas una fundación prohibida por las leyes desvinculadoras, sin que, por lo tanto, la sentencia que resuelve de conformidad con tal pretensión infrinja la ley 6ª, título 8º Partida 6ª, ni a doctrina que se invoca en el primero de los motivos....”

Nuevamente en cuanto a la posibilidad de la aplicación de la nulidad parcial a los testamentos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de Octubre de 1.949, cuando señala:

“Que si bien es notorio que en materia de testamentos la voluntad del testador es la norma fundamental de su sucesión, no cabe desconocer que este principio es inaplicable a las cláusulas testamentarias que estén en abierta oposición a preceptos explícitos de la Ley, contra los cuales no puede aquella prevalecer, de cuya doctrina se infiere que la sentencia que no pone en duda el contenido de una disposición testamentaria y se limita a estimar su nulidad por contravenir mandatos de carácter legal, no infringe el artículo 653 del Código civil.

... estimó la Sala que dicha cláusula era nula a tenor de lo prevenido en los artículos 781 y número segundo del 785 del Código civil...

... la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución, ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar,....”

Como estamos viendo, parece que es evidente el criterio favorable del Tribunal Supremo a la aplicación de la figura de la nulidad parcial en sede testamentaria, así puede citarse a este respecto lo dicho por la sentencia de 28 de Mayo de 1.958, que indica:

“... que las dos cuestiones fundamentales que en el pleito se han discutido y que en el fondo son la base del recurso de casación interpuesto y de su impugnación, se concretan a determinar si en la cláusula testamentaria tachada de nulidad la testadora hizo uso de la facultad que en el supuesto específico que contempla otorga a los padres el párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil (...) o si tratándose de un evento no previsto en la hipótesis legal, hay que reputar nula con todas sus consecuencias la cláusula impugnada por la demanda...”

A mayor abundamiento, en cuanto a la aplicación de la figura de la nulidad parcial dentro del ámbito propio de los testamentos, ya ha manifestado el Tribunal Supremo que, aunque no sea íntegramente y en bloque, a fin de completar la regulación o aplicación de esta figura en sede testamentaria puede aplicarse a los testamentos la doctrina de la invalidez de los negocios jurídicos. Esto se recoge ya expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1.964, donde se recoge:

“... nuestro ordenamiento civil no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad etc. ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que inducir la de los diversos preceptos que a una y otra aludan, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias.”

La citada sentencia de 12 de Noviembre de 1.964, a la que debe prestarse especial atención por su transcendencia a la hora de admitir la figura de la nulidad parcial en la jurisprudencia posterior, continúa diciendo:

“... que partiendo de la base de que la definición que del testamento da nuestro Código civil en su artículo 667 no resulta exacta (pues además de las disposiciones de índole patrimonial puede contener otras relativas a fines piadosos, designación de órganos tutelares, reconocimiento de hijos naturales, cláusulas revocatorias de otros anteriores) y teniendo en cuenta los diversos preceptos que regulan el testamento y sus clases y formalidades, llega a la conclusión de que existen dos grupos de causas de nulidad, unas que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible (son las referidas a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez) y otras denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento.”

A lo que añade la misma sentencia que:

“...esta no comunicabilidad de la ineficacia a todo el testamento, la predica nuestro Código civil en varios de sus preceptos, entre los cuales se destacan: a) el artículo 743, en el que, además de admitir que los testamentos pueden ser ineficaces en todo o en parte, establece un criterio distintivo en cuanto a tales ineficacias, cuando dice que lo serán “sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”; b) el artículo 737, en el que se ordena que las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras se tengan por no puestas; c) el 750, que prescribe la nulidad de las disposiciones en favor de personas inciertas; d) el artículo 752 y el 754, que declaran sin efecto las cláusulas a favor del sacerdote que asista al testador en su última enfermedad, o del notario y familiares, respectivamente; e) el 792, que establece que determinadas condiciones se tienen por no puestas, y en nada

perjudican al heredero o legatario; y f) el artículo 814, que dispone que aún la preterición más grave, la de los herederos forzosos en línea recta, no produce la invalidez de las mandas y legados. ”

En sentido parecido viene a pronunciarse la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1.977, cuando apunta:

“La aplicación de la anterior doctrina [la de la nulidad parcial del negocio jurídico] al caso litigioso, impide declarar la nulidad total del pretendido testamento de 20 de marzo de 1957...”

En esta línea jurisprudencial también podemos encontrar la sentencia de 3 de Marzo de 1.980, que recoge:

“... se denuncia la violación por no aplicación del art. 792 y la aplicación indebida del 795 ambos del C. Civ. y al efecto tal como ya fue establecido por la sentencia de 12 diciembre 1959, la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquéllos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el art. 1414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquéllos que no le pertenecían procediendo en consecuencia la estimación del motivo y asimismo la del primero en que se denuncia la violación del 1414 y otras reglas legales.”

Igualmente, podemos citar la sentencia de 30 de Enero de 1.995, que señala:

“... dándose la preterición no intencional, debe anularse la institución de herederos hecha por el testador a favor de sus hijos

matrimoniales, para que así reciban cada uno de los tres hijos una tercera e igual parte en los tercios de mejora y legítima, pero manteniéndose la validez del legado del tercio de libre disposición a favor de la viuda, así como la cuota legal usufructuaria, para que tenga preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador, -Este artículo distingue entre la anulación de la institución de heredero, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión, y las mandas y mejoras, esto es, sobre lo que el testador dispone con referencia a su patrimonio material y -sostiene ALBADALEJO que la nulidad no alcanza a las mejoras, aunque hayan sido hechas a título de herencia, y el mismo criterio mantiene BONET al decir que abierta la sucesión intestada para los legitimarios, ésta será total si el testador hubiera dispuesto de todos sus bienes por título universal a favor de los otros herederos cuya institución se anula, y parcial, si hubiera hecho disposiciones a título singular, las cuales, subsistirán en cuanto se hallen dentro de la porción libre.”

En esta línea también las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2.003, de 12 de Julio de 2.007 o de 18 de Marzo de 2.011, entre otras.

Esta misma línea, lógicamente, es seguida por las Audiencias Provinciales, como puede ser, a modo de ejemplo de todas ellas, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 28 de Diciembre de 1.998.

En lo que a los legados se refiere, en clara consonancia con lo anterior, la sentencia de 7 de Junio de 1.960 ya recogía la posibilidad de que estos fuesen nulos permaneciendo en vigor el resto del testamento. Y así expone:

“... Que declara nulo el legado instituido en el testamento del donante...”

B) PRINCIPALES MANIFESTACIONES.

Como hemos visto, las causas por las que un testamento puede verse afecto por algún tipo de nulidad, ya sea parcial o total, son muy variadas, dada la pluralidad de formas, incapacidades o prohibiciones que pueden afectar a estos negocios.

Las causas de nulidad pueden resumirse⁴⁶², de forma genérica, en: a) aquellas producidas por la falta de capacidad necesaria del testador o la falta de capacidad necesaria para recibir por testamento; b) por estar viciada la voluntad del testador o no ser lícita la causa para testar; c) por no haberse adoptado adecuadamente o no haberse respetado las formalidades esenciales para testar y del testamento legalmente establecidas; d) una serie de motivos concretos al producirse la violación de algunas de las normas imperativas propias del Derecho sucesorio. Esta clasificación tiene su fundamento en el hecho de que el testamento tiene que cumplir, además de con las exigencias formales especialmente establecidas para cada tipo de declaración *“mortis causa”*, con los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa, como cualquier otro negocio jurídico, así como con cualquier otra prevención legalmente establecida (esta obligación viene establecida de forma general en el artículo 6.3 de nuestro Código civil, que contiene el siguiente tenor literal: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*).

Por su parte, BARBERO⁴⁶³ clasifica las causas de nulidad parcial en dos grandes grupos: a) aquellas que tienen su origen en un defecto de sustancia; y b) aquellas que lo tienen en un defecto de indicaciones.

A fin de dar una respuesta a si alguna de las causas de nulidad total del

⁴⁶² Esta clasificación la recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 123.

⁴⁶³ Vid. BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, T. V, traducción española de SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1.967, pág. 297.

testamento, que ya hemos visto anteriormente, tienen o no aplicación como causas de nulidad parcial volveremos a aproximarnos a las mismas en este apartado.

a) Falta de la capacidad necesaria.

Esta causa de falta de la capacidad necesaria puede darse tanto en el otorgante, caso principal, y más importante en cuanto a la nulidad total se refería, como en la persona o personas que van a recibir por testamento.

1. Falta de capacidad del testador.

El Código civil establece en su artículo 662 que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no lo prohíba expresamente, es decir que, en nuestro ordenamiento la capacidad es la regla general⁴⁶⁴ y la incapacidad, por tanto, la excepción, de tal manera que sólo serán causas de incapacidad aquellas expresamente recogidas en algún precepto legal.

El otorgamiento de un testamento válido requiere, de este modo, que la persona que lo otorga tenga reconocida por la ley la aptitud y la capacidad⁴⁶⁵ necesarias para que esa declaración de voluntad pueda surtir efectos jurídicos, de tal manera que es imprescindible para tal fin que el sujeto en cuestión cumpla con unos mínimos de madurez y de inteligencia.

⁴⁶⁴ Por todo ello debe reputarse que la persona está en su "cabal juicio" como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo, y así lo entiende el Tribunal Supremo en sus sentencias de 25 de Abril de 1.959, de 7 de Octubre de 1.982, de 10 de Abril de 1.987, de 26 de Septiembre de 1.988, de 13 de Octubre de 1.990, de 30 de Noviembre de 1.991, de 22 de Junio de 1.992, de 10 de Febrero de 1.994, de 8 de Junio de 1.994, de 26 de Abril de 1.995, de 24 de Julio de 1.995, de 27 de Noviembre de 1.995, de 18 de Mayo de 1.998, de 15 de Febrero de 2.001 y de 26 de Abril de 2.008. Tal presunción es una manifestación del principio "*pro capacitate*", emanación, a su vez, del general del "*favor testamenti*".

⁴⁶⁵ Vid. OSSORIO MORALES (ob. cit., pág. 43) donde recoge como en los negocios "*mortis causa*" los requisitos para reconocerse la capacidad necesaria para otorgarlos son mucho más estrictos que en los casos de negocios "*inter vivos*", de tal forma que pueden establecerse, entre otras, como razones más evidentes para justificar este mayor rigor: el hecho de que se produce una rebaja en la edad mínima o la supresión de algunos de los impedimentos que sí operan en el ámbito de otros negocios, como puedan ser la interdicción civil o la incapacidad de los pródigos, que sí pueden testar. Todo ello según lo recoge OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 43.

- **En cuanto al requisito de la edad.-** Se encuentran incapacitados⁴⁶⁶ para testar, de forma general, los menores de catorce años y, de forma especial, los menores de edad para otorgar testamento ológrafo, tal y como viene recogido en los artículos 663.1 y 688 párrafo primero del Código civil, respectivamente.

En cuanto al momento de adquirirse esta capacidad, éste no puede ser otro que las cero horas del día en que se cumplan los catorce años o se alcance la mayoría de edad, según los casos, tal y como queda recogido en el artículo 315 del Código civil y como ha entendido la doctrina mayoritaria ⁴⁶⁷.

Dentro de este ámbito de estudio, PUIG FERRIOL⁴⁶⁸ plantea qué ocurre en aquellos casos en que el testador, en el momento de otorgar el testamento dude sobre si ha alcanzado o no la edad mínima necesaria para testar y no haya forma alguna de acreditar dicho extremo en el citado momento. En este sentido, el propio autor se decanta por la nulidad de la disposición “*mortis causa*” otorgada, argumentando que el notario debe hacer referencia de forma expresa⁴⁶⁹ a tener

⁴⁶⁶ Esta obtención de la capacidad para testar previa a alcanzar la mayoría de edad es contraria a la tradición romana, donde la capacidad, al igual que la plena capacidad de obrar, se obtenían con la pubertad. Esta línea del Derecho romano sí se ha mantenido en el Derecho italiano, en el que la capacidad para testar se obtiene a los dieciocho años, tal y como recoge el artículo 591 del Código civil italiano. En cuanto al Derecho italiano, puede consultarse lo dicho, entre otros, por: RESCIGNO, *Manuale de Diritto...*, cit., pág. 591; o CICU, A., *El Testamento*, Traducción española de FAIRÉN, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959, pág. 150.

En el ordenamiento alemán se adelanta esta capacidad para testar a los dieciséis años, justificando este hecho el BGB, en su exposición de motivos, en la intención de atenuar la dependencia de los parientes.

Vid. CICU (ob. cit. párrafo anterior, pág. 151) que expresa que de esta disparidad entre la edad para otorgar un testamento y la edad para formalizar cualquier otro negocio jurídico, recogida, entre otros, en nuestro ordenamiento jurídico, parece desprenderse el hecho de que el testamento tiene menor importancia que esos otros negocios, cuando, evidentemente, no es así. Para justificar este adelanto o disparidad en la edad SEONE SPIEGELBERG, J. L. (*La Nulidad del Testamento*, en CDJ, Derecho de Sucesiones, 1.995, pág. 354) ha argumentado que el testamento es un acto esencialmente revocable y que el menor puede cambiarlo en función de los cambios que en su juicio produzca la edad, cosa que no ocurre con el resto de negocios jurídicos.

⁴⁶⁷ En este sentido se pronuncian: ALBADALEJO, *Comentarios al Código Civil...*, T. IX, vol. 1º, cit. pág. 70; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de...*, T. V, vol. 2º, cit., pág. 15; RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 107; CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 177; LLEDÓ YAGÜE, ob. cit., pág. 277; o SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, T. VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.978, pág. 235.

⁴⁶⁸ Vid. PUIG FERRIOL, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1.991, pág. 1.670.

⁴⁶⁹ Así lo exigen los artículos 696 y 707.4 del Código civil.

conocimiento de que en ese momento concurre el otorgante con capacidad suficiente, lo que no podrá hacer si el propio testador tiene dudas sobre esta capacidad. Cuando nos encontremos en la misma situación pero lo que se haya otorgado sea un testamento ológrafo la solución es completamente distinta, por lo que debe prevalecer, al no haber notario que tenga que dar fe, el principio de *“favor testamenti”*, lo que lleva a la conclusión de que este testamento será válido salvo que se acredite fehacientemente que el testador no era mayor de edad en el momento de otorgarlo.

- ***En cuanto a las limitaciones físicas.***- El Código civil recoge diversas limitaciones físicas que imposibilitan de hecho el otorgamiento de testamento ya sea de forma general o de alguna de sus formas en concreto.

Debe destacarse, ya desde un inicio, que algunas de estas limitaciones recogidas en el Código civil, dado el tiempo transcurrido desde la redacción de éste y los avances técnicos producidos desde entonces, como la escritura braille, ya no tiene sentido que sigan apareciendo en nuestro ordenamiento al haber perdido su razón de ser, que no era otra que la imposibilidad práctica de otorgar testamento con unas garantías mínimas de que lo en él recogido fuera la verdadera voluntad del otorgante.

Entre las limitaciones físicas recogidas en nuestro ordenamiento podemos encontrarnos con: a) la de los ciegos para otorgar testamento cerrado, sobre la que ya hemos adelantado, que hoy en día no tiene sentido, ya que entendemos que perfectamente podrían otorgar un testamento cerrado válido en escritura braille; b)

Artículo 696: *“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”*

Artículo 707.4: *“En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:
4.- Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”*

tampoco podrán otorgar testamento cerrado los que no saben o puedan escribir; en ambos casos sí podrán otorgar testamento abierto, todo ello tal y como viene recogido en el artículo 708 del Código civil; c) no podrán, sin embargo, otorgar ningún tipo de testamento los sordomudos que no sepan leer ni escribir, lo que se desprende de la interpretación conjunta del citado artículo 708 y del artículo 695 también del Código civil, por el contrario, bastará con que sepan escribir para poder otorgar un testamento válido⁴⁷⁰. Por nuestra parte entendemos que esta limitación⁴⁷¹ tampoco tiene sentido alguno siempre y cuando el testador sea capaz de comunicarse mediante la lengua de signos. En este caso habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 684 del Código civil, en cuanto a la necesidad de un intérprete que traduzca la lengua de signos a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el notario. Lo que es evidente es que en los supuestos del artículo 684, incluyendo el aquí tratado, la fe pública notarial queda muy debilitada, ya que el notario no puede asegurar a ciencia cierta ni la capacidad ni el verdadero contenido de la declaración de última voluntad del testador al no poder hablar directamente con el testador y necesitar de un intermediario/intérprete. Evidentemente esta limitación quedaría resuelta si el notario conociese el lenguaje de signos, o la lengua extranjera empleada por el testador.

- ***En cuanto a las limitaciones psíquicas.***- Las limitaciones psíquicas a la hora de otorgar testamento tienen su reflejo legal en el artículo 663.2 del Código

⁴⁷⁰ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de...*, T. V, vol. 2º, cit., pág. 30.

⁴⁷¹ A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Noviembre de 2.004, para un caso en el que el testador no sabía leer ni escribir, aunque sí oír, y se expresó mediante gestos ya indicó que: *"partiendo de la base de la capacidad del testador para otorgar el testamento en cuestión, tampoco cabe duda alguna que el mismo en tal acto de otorgamiento, pudo manifestar su voluntad, ya que en el presente caso hubo comunicación directa entre el testador y el Notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, como un requisito sustancial del negocio jurídico de testamento abierto, sin que además, por otra parte, ello, sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta."* A lo que añadía esa misma resolución que: *"Es más, doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo -la expresión directa de voluntad del testador al notario-, no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de mandatario cualquiera."* En esta línea, la SAP de Zaragoza de 18 de Diciembre de 2.009 recoge: *"Por tanto, cabe concluir que, partiendo de la presunción de capacidad, esta no sido desvirtuada en el caso, que el testamento refleja la voluntad de la testadora, manifestada mediante signos conocidos por los testigos, que declararon la coincidencia del testamento con la voluntad manifestada y que el documento reúne los requisitos legales exigidos por las circunstancias excepcionales de la testadora, por lo que el recurso ha de ser desestimado."*

civil, que establece expresamente que están incapacitados para testar: *“El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”* Dicha capacidad para testar tiene que valorarse en el preciso momento del otorgamiento⁴⁷², no influyendo para la validez de éste el estado anterior o posterior del otorgante, tal y como lo recoge el artículo 666 del Código civil.

“Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.”

El más claro ejemplo de incapacidad por estos motivos es el que ya viene reconocido por sentencia judicial firme⁴⁷³, al concurrir en el sujeto alguna de las enfermedades o limitaciones que acarrean dicha incapacidad, como pueden ser: esquizofrenias graves, demencias avanzadas, subnormalidad, enfermedad de Czeutzfeld-Jakob (STS de 22 de Junio de 1.992), trombosis cerebral (STS de 27 de Junio de 1.977) o de oligofrenia (STS de 11 de Diciembre de 1.962), entre otras muchas. Por el contrario, el Tribunal Supremo no ha entendido que concurriesen los requisitos para incapacitar a un sujeto en los casos de simple edad avanzada (STS de 25 de Octubre de 1.928), de enfermedad neurasténica (STS de 28 de Diciembre de 1.928), de depresión (STS de 1 de Octubre de 1.991) ni de esquizofrenia leve (STS de 7 de Octubre de 1.982).

Por su parte esta incapacidad también puede ser temporal, como en los casos en que un individuo mentalmente sano ve disminuida o incluso anulada su

⁴⁷² Así lo recogen, entre otras, las SSTS de 24 de Noviembre de 1.933, de 23 de Marzo de 1.944, de 16 de Febrero de 1.945, de 11 de Diciembre de 1.962, de 7 de Octubre de 1.983, de 26 de Septiembre de 1.988, de 27 de Septiembre de 1.988, de 1 de Junio de 1.988, de 13 Octubre de 1.990, de 10 de Febrero de 1.994, de 8 Junio de 1.994, de 26 de Abril de 1.995, de 27 de Noviembre de 1.995, de 27 de Enero de 1.998, de 19 de Septiembre de 1.998 y de 31 de Marzo de 2.004, entre otras muchas.

⁴⁷³ Debe destacarse el hecho de que la sentencia que declara la incapacidad tiene efectos, precisamente, desde el momento en que se dicte y no, por tanto, retroactivos, de tal manera que cualquier testamento otorgado antes de que se dictase la sentencia es válido, por lo que si se desea instar la nulidad de un testamento anterior a ésta deberá iniciarse el oportuno procedimiento judicial y acreditarse en el mismo la ausencia de lucidez en el preciso momento en que se otorgó dicho testamento, en caso contrario, como hemos dicho, se presume válido. En la práctica esto puede traer problemas dado el largo periodo de tiempo que transcurre desde que se insta un procedimiento de incapacidad hasta que se obtiene la sentencia y esta adquiere firmeza.

capacidad intelectual, ya sea por un delirio febril, embriaguez plena, sonambulismo, sugestión hipnótica o cualquier otra que prive al individuo del conocimiento necesario para comprender la razón de sus actos⁴⁷⁴.

Al igual que una persona capaz puede tener intervalos en que se vea afectada su capacidad intelectual, una persona declarada incapaz por sentencia judicial firme, que no contenga pronunciamiento expreso acerca de su capacidad para testar, podrá tener intervalos lúcidos en los que sí pueda testar⁴⁷⁵, tal y como lo establece el artículo 665 del Código civil.

El precepto anterior, unido a lo que establece el artículo 685 del Código civil, hacen que, en los casos de incapacidad citados, en que no se cumpla, a la hora de otorgar un testamento, con los requisitos establecidos en estos artículos, baste con justificar la existencia de la incapacidad judicialmente declarada para obtener la nulidad del testamento así otorgado, al crear, la citada sentencia, una presunción de incapacidad⁴⁷⁶. De esta forma, la existencia de una sentencia de incapacidad del testador constituye en sí un defecto de forma del testamento y no hace falta, por tanto, probar la incapacidad del testador, que ya quedo judicialmente acreditada en su momento.

⁴⁷⁴ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *Incapacidad de Testar del que Habitual o Accidentalmente no se Hallare en su Cabal Juicio*, en RDP, 1.966, pág. 249.

Incluso ya decía el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Diciembre de 1.918 que: “*No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el notario y los testigos*”.

⁴⁷⁵ Esta posibilidad de testar en un intervalo lúcido ya era recogida en el texto originario del Código civil, que fue modificado por la Ley 30/1.991, de 20 de Diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamento. El texto original decía que: “*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario a dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.*”

La obligación del notario de asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad suficiente para otorgar el testamento también ha sido recogida por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en SSTs de 21 de Junio de 1.986 y de 10 de Abril de 1.987, de 27 de Enero de 1.998, de 19 de Septiembre de 1.998, de 31 de Marzo de 2.004, de 11 de Diciembre 2.009 y de 5 de Noviembre de 2.009.

⁴⁷⁶ Vid. OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 37.

En cualquier caso, debe decirse que, aún en el caso de que el testamento, en estos supuestos, se otorgue respetando estas normas, incluso con la obtención previa de los informes de los facultativos, esto no hace que el testamento sea inatacable⁴⁷⁷, sencillamente hace que la manifestación del notario y los facultativos haya creado una presunción de capacidad, presunción que puede ser destruida mediante prueba de que el testador no se encontraba en su cabal juicio⁴⁷⁸. Aunque, como es lógico, destruir esta presunción, dado que fue creada por un notario⁴⁷⁹, dos facultativos y testigos, tal y como recoge nuestra jurisprudencia⁴⁸⁰, no va a ser tarea

⁴⁷⁷ A este respecto vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, ob. cit., pág. 251. Y vid. también lo dicho por SEONE SPIEGELBREG, *La Nulidad del...*, cit., pág. 365. Donde se nos plantea, por un lado, el sinsentido de que el Código civil rodee de tantas garantías el otorgamiento de estos testamentos para luego permitir que el mismo sea impugnado y, por otro lado, el hecho de que al no ser la psiquiatría una ciencia exacta, impedir la impugnación vulneraría el principio de la tutela judicial efectiva. Lo que es evidente es que, en cualquiera de los dos casos, la seguridad jurídica se encuentra en juego.

⁴⁷⁸ Vid. GISBERT CALABUIG, J. A. (*Medicina Legal y Toxicología*, Ediciones científicas y técnicas Masson – Salvat, Barcelona, 1.991, pág. 159), donde recoge que por cabal juicio podemos entender: *"aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones, y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias acciones."*

⁴⁷⁹ La omisión en el testamento de la afirmación del notario de que a su juicio el testador se encontraba en condiciones de otorgar testamento genera la nulidad del testamento, tal y como lo recogen las SSTS de 21 de Junio de 1.986, de 25 de Junio de 1.990 y de 31 de Marzo de 2.004. Aunque ya desde antaño nuestro Tribunal Supremo ha puesto límites a un excesivo rigor formalista (SSTS de 30 de Abril de 1909 o de 11 de Febrero de 1.929) y en esta línea la SAP de Valladolid de 31 de Octubre 1.997 establece la posibilidad de flexibilizar la citada exigencia formal al recoger que: *"Con relación a los demás requisitos formales es necesario señalar: a) en ambos testamentos se hace referencia a la capacidad del testador y si bien no se utiliza el calificativo de "legal" que prevenían los artículos 685 y 695 del Código civil (hoy sólo el primero), lo cierto es que tal omisión no implica la gravísima consecuencia que se postula. ... Porque ha de partirse del hecho incontrovertido de que ambas disposiciones testamentarias contienen una referencia directa a la capacidad, pues el de 1982 expresa que el Notario considera "capaz" al otorgante y en el de 1991 contiene el término "capacidad". Y la Sala considera que con ello el requisito formal está cumplido. La capacidad legal ha de ser entendida como sinónimo de capacidad civil que, en definitiva, no es sino la suma de la capacidad jurídica y la de obrar (si por la primera se entiende la aptitud de una persona para intervenir como sujeto en las relaciones jurídicas y la facultad de producir actos con eficacia de tal clase). Es por ello que el artículo 167 del vigente Reglamento Notarial al hacer constar la necesidad de la constancia de tal requisito se refiere a la capacidad "civil". No es posible entender que la omisión del calificativo "legal" suponga un obstáculo insalvable para la validez del testamento porque, en definitiva, únicamente si la capacidad tiene tal carácter puede permitir el otorgamiento del testamento, pues la capacidad jurídica, por principio, reside en cualquier persona porque es presupuesto de la condición de sujeto de derecho. Si los Notarios actuantes estimaron y expresaron que, a su juicio, el testador tenía capacidad o era capaz para otorgar el testamento, están dando cumplimiento al requisito que imponían los artículos 685 y 695 del Código civil."* O la SAP de Burgos de 8 de Febrero de 2.012.

⁴⁸⁰ Ver en este sentido, entre otras, las SSTS de 23 de Marzo de 1.894, de 22 de Enero de 1.913, de 23 de Marzo de 1.944, de 10 de Abril de 1.944, de 16 de Febrero de 1.945, de 2 Junio de 1.959, de 8 de Marzo de 1.972 y de 7 de Octubre de 1.982. Así también, las SSTS de 18 de Diciembre de 1.958 y de 26 de Mayo de 1.968 establecen que: *"... la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad de la persona del donante, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el momento de la celebración del contrato no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y concluyentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre."* O las SSTS de 7 de Octubre de 1.982, de 10 de Abril de 1.987 y de 4 de Mayo de 1.998. Continuando en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 2.002 cita la doctrina jurisprudencial que recoge la sentencia de 28 de Junio de 1.990,

nada sencilla, aunque caben, para tal fin, entre otros, los siguientes medios de prueba⁴⁸¹: nuevos informes médicos, declaraciones de testigos conocedores del sujeto en esa época, la coherencia y racionalidad, o por el contrario aleatoriedad, de las cláusulas recogidas en la declaración *“mortis causa”* o el estar siendo administrados medicamentos al testador en el momento del otorgamiento.

Como hemos dicho, la capacidad de las personas se presume, por lo que, en cualquiera de los casos, debe ser el que alegue la incapacidad de un sujeto el que tenga que probar ésta⁴⁸², lo que también encuentra respaldo en los principios de *“favor testamenti”* y *“pro capacitate”*, tal y como viene manteniendo nuestra jurisprudencia⁴⁸³. La apreciación de la concurrencia o no de la incapacidad, como cuestión de hecho que es, queda siempre sometida a la apreciación de los tribunales⁴⁸⁴.

que queda completada con la que mantiene la sentencia de 4 de Mayo de 1.988 según la cual: *“los juicios del Notario sobre la realidad de hechos no sensibles como es el del juicio de capacidad mental del otorgante, la prueba en contrario para destruir tal presunción “iuris tantum” no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la adveración del fedatario autorizante reviste especial certidumbre”*. La STS de 19 de Noviembre de 2.004 también nos expone: *“la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes, constituye una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario”*. Recientemente han recogido esta doctrina la SAP de Barcelona de 29 de Enero de 2.004 y la SAP de Madrid de 4 de Noviembre de 2.011.

En esta línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 14 de Febrero de 1.994 y de 29 de Abril de 1.994) también ha declarado que: *“es cierto que el cumplimiento de las correspondientes prescripciones reglamentarias no asegura de forma indubitada e incuestionable que el juicio de capacidad se corresponde con la real aptitud mental que presenta la persona enjuiciada al tiempo del otorgamiento, sin embargo, no hay que desconocer los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la especial relevancia de certidumbre que reviste tal aseveración notarial de capacidad, que alcanza el rango de fuerte presunción “iuris tantum” y que por consiguiente “vincula erga omnes”, y obliga a pasar por ella en tanto no sea revisada judicialmente”*.

⁴⁸¹ Podemos ver un estudio mucho más detallado de los medios de prueba utilizables recogido por MEDINA, G., *Nulidad del Testamento*, Editorial Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1.995, págs. 51 y ss.

⁴⁸² Corresponde destruir esta presunción a quien alega la incapacidad del otorgante, en esta línea ver las SSTS de 25 de Abril de 1.959, de 7 de Octubre de 1.982, de 10 de Abril de 1.987, de 26 de Septiembre de 1.988, de 13 de Octubre de 1.990, de 30 de Noviembre de 1.991, de 22 de Junio de 1.992, de 10 de Febrero de 1.994, de 8 de Junio de 1.994, de 26 de Abril de 1.995, de 24 de Julio de 1.995, de 27 de Noviembre de 1.995, de 18 de Mayo de 1.998, de 15 de Febrero de 2.001 y de 26 de Abril de 2.008. Y en cuanto a que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento decisivo del otorgamiento de su última disposición corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad, que es a quien compete su cumplida y concluyente justificación ver las SSTS de 21 de Junio de 1.986, de 10 de Abril de 1.987, de 27 de Septiembre de 1.988, de 13 de Octubre de 1.990, de 13 de Noviembre de 1.990, de 10 de Febrero de 1.994, de 8 de Junio de 1.994, de 26 de Abril 1.995, de 27 de Noviembre de 1.995, de 27 de Enero de 1.998, de 19 de Septiembre de 1.998 y de 31 de Marzo de 2.004, entre otras muchas.

⁴⁸³ Así lo recogen las SSTS de 30 de Noviembre de 1.991, de 22 de Junio de 1.992, de 10 de Febrero de 1.994, de 18 de Mayo de 1.998, de 15 de Febrero de 2.001 y de 26 de Abril de 2.008, entre otras muchas. En sentido contrario debe recordarse el caso de la presunción de incapacidad cuando haya una sentencia judicial firme, ya analizado.

Debe concluirse diciendo que en los casos de incapacidad del testador, tanto física como psíquica como por cuestión de la edad, la incapacidad, en nuestro ordenamiento, *no va a poder ser parcial*, por lo que el testamento o bien será válido en su totalidad, cuando la persona es capaz, o inválido en su totalidad, en caso contrario⁴⁸⁵.

Cuestión distinta es que, aún siendo el testamento válido, en alguna de las cláusulas en él contenidas concurren otras causas de invalidez, lo que nos lleva a pensar, al contrario de lo que ocurría para la nulidad total, que en cuanto a la nulidad parcial se refiere va a tener mayor aplicación la incapacidad de aquel que

⁴⁸⁴ Así lo vienen recogiendo las SSTs de 7 de Octubre de 1.982, de 15 de Diciembre de 1.984, de 22 de Febrero de 1.985, de 10 de Diciembre de 1.986, de 19 de Febrero de 1.987, de 10 de Abril de 1.987, de 30 de Mayo de 1.989, de 18 de Octubre de 1.989, de 30 de Noviembre de 1.991, de 4 de Mayo de 1.998, de 20 de Mayo de 2.002 y de 11 de Octubre de 2.005, entre otras muchas.

⁴⁸⁵ En contra de esta opinión hay autores que han defendido que sí pueden darse casos en que el testamento sea nulo parcialmente ante casos de incapacidad. Vid. FASSI, S. C., *Tratado de los Testamentos*, T. II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.970, pág. 356. Donde defiende que la falta de discernimiento puede afectar a algunas disposiciones pero no a otras que pueden ser perfectamente razonables, de tal manera que en estos casos la nulidad alcanzaría a las primeras, pero en ningún caso a las segundas. Aún así, esta interpretación no parece tener cabida en nuestro Código civil, que se decanta porque o bien sean todas las disposiciones válidas o todas inválidas.

Aunque no todos los ordenamientos continentales siguen la posición de nuestro Código civil, por ejemplo, el ordenamiento francés establece como edad mínima para poder testar la de dieciocho años, sin embargo permite al mayor de dieciséis años disponer válidamente por testamento de la mitad de sus bienes (art. 904 del Código civil francés); el Código civil austriaco (§ 568) establece que el declarado pródigo pueda disponer por testamento de la mitad de sus bienes.

Artículo 904 del Código civil francés: “*Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Toutefois, s'il est appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre, il pourra, pendant la durée des hostilités, disposer de la même quotité que s'il était majeur, en faveur de l'un quelconque de ses parents ou de plusieurs d'entre eux et jusqu'au sixième degré inclusivement ou encore en faveur de son conjoint survivant. A défaut de parents au sixième degré inclusivement, le mineur pourra disposer comme le ferait un majeur.*”

Que puede traducirse del siguiente modo:

Artículo 904 del Código civil francés: “*El menor, que haya cumplido los dieciséis años y no se haya emancipado, sólo podrá disponer por testamento y únicamente hasta la mitad de los bienes de los que la ley permite disponer al mayor de edad.*

No obstante, si fuere llamado a filas en una campaña de guerra podrá, mientras duren las hostilidades, disponer de la misma cantidad que si fuera mayor de edad, en favor de uno cualquiera de sus parientes o de varios de ellos y hasta el sexto grado inclusive, o, también en favor de su cónyuge sobreviviente.

A falta de parientes en sexto grado inclusive, el menor podrá disponer como lo haría un mayor de edad.”

Parágrafo 568 del Código civil austriaco: “*Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 273 bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren; dies gilt nicht im Fall des § 597. Das Gericht muss sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe. Die Erklärung muss in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigefügt werden.*”.

debe recibir por testamento que la incapacidad del propio testador (que por regla general lleva aparejada la nulidad total).

A pesar de lo anterior, *sí nos podemos encontrar ante un caso de nulidad parcial derivado de la incapacidad* del otorgante o de la persona encargada de realizar la manifestación, que es el recogido en el artículo 670 del Código civil, relativo al carácter personalísimo del testamento, que prohíbe que se deje al arbitrio de un tercero la formación del testamento *“en todo ni en parte”*. Artículo que, como veremos, puede dar lugar a un caso de nulidad parcial dentro del testamento, propiamente dicho, y a un caso de nulidad parcial dentro de una disposición en concreto.

De esta forma, en cuanto a la incapacidad del otorgante debemos concluir que sí puede derivar en casos de nulidad parcial, aunque de forma muy excepcional.

2. Falta de capacidad del sucesor.

Este apartado viene recogido en el Libro III, Título III, Capítulo II, Sección I del Código civil, que abarca los artículos 744 a 762, bajo la rúbrica: *“De la capacidad para suceder por testamento o sin él.”*

El Código civil establece que determinadas personas, físicas o jurídicas se encuentran incapacitadas para suceder⁴⁸⁶, ya sea por su relación con el causante o por circunstancias propias del sucesor. Esta incapacidad, además, puede extenderse a la totalidad del caudal hereditario o quedar limitada a sólo una parte o partes de éste, por lo que puede ser tanto una causa de nulidad total como una causa de nulidad parcial del negocio testamentario en cuestión, en función de si afecta o no a

⁴⁸⁶ Así lo recoge, a *“sensu contrario”*, el artículo 744 del Código civil, cuyo tenor literal recoge: *“Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.”*

En este mismo sentido se expresa el artículo 755 del mismo cuerpo normativo cuando regula: *“Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta.”*

todos los sucesores o a todo el caudal hereditario.

Entre las posibles causas de incapacidad para suceder las más destacadas son las derivadas de la indignidad, las denominadas incapacidades relativas o prohibiciones de dejar en testamento y la de las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no autorizadas por la ley ⁴⁸⁷. Cualquier disposición a favor de éstos será un reflejo de la nulidad parcial aplicada al ámbito testamentario, por cuanto serán nulas pero no invalidan el testamento en su conjunto, sino, tan sólo, en lo que a los incapaces de suceder se refiere.

La indignidad viene recogida en los artículos 756 y siguientes del Código civil, mientras que las incapacidades relativas las regula el artículo 752, en cuanto al sacerdote que hubiese confesado al testador durante su última enfermedad, los parientes de éste hasta el cuarto grado, su iglesia, cabildo, comunidad o instituto; el artículo 753, en cuanto al tutor o curador del testador; y el artículo 754, en lo que se refiere al notario que autorice el testamento, del cónyuge, parientes o afines de éste hasta el cuarto grado, los testigos del testamento abierto y los testigos o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales, todos ellos del Código civil. Por su parte, la incapacidad de las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no autorizadas por la ley, viene derivada de la carencia de personalidad jurídica alguna, y la regula el Código civil, también de forma expresa, en el artículo 745.

b) Vicios de la voluntad testamentaria.

Como hemos visto, la base del testamento es recoger la manifestación libre

⁴⁸⁷ Así lo recogen: ALBADALEJO, *Curso de...*, T. V, cit., pág. 89; y CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 131 y ss.

La regulación de estos tres posibles grupos de incapacidades para suceder (indignidad, incapacidad relativa y criaturas abortivas y asociaciones o corporaciones no autorizadas por la ley) tiene sus peculiaridades y regulación propias, de tal modo que en las dos primeras la institución de sucesor puede llegar a desarrollar sus efectos, mientras que en el tercer supuesto no. De esta forma, las causas de indignidad carecerán de efecto si eran conocidas por el testador al tiempo de hacer testamento o si conociéndolas después las remitiese en documento público (art. 757 del C.c.) y la acción contra las incapacidades relativas dejará de poder ejercerse transcurridos cinco años desde que el incapaz estuviera en posesión de la herencia o legado (art. 762 del C.c.).

y voluntaria de la última intención del otorgante. Por lo tanto cualquier vicio que atente contra estas bases hará que la misma sea, total o parcialmente, inválida, en función de los casos y en la medida que afecten al testamento.

Por vicios de la voluntad podemos entender⁴⁸⁸ aquellos casos en que aunque la declaración esté de acuerdo con lo que se había querido, la voluntad estaba influida de forma tal en su origen que sin las causas que la hubiesen influido se hubiese otorgado de forma distinta o, incluso, no se habría llegado a otorgar.

El artículo 673 del Código civil, que regula esta materia, establece que: *“Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.”* De tal forma que los citados vicios que afectan a la voluntad del testador parecen venir regulados como causas de nulidad total del negocio testamentario. Ya que, en este caso, al menos de entrada, el citado cuerpo legal no hace ninguna referencia a que tenga cabida la nulidad parcial.

En contra de esta apariencia inicial, y en línea con el principio de *“favor testamenti”* y con la necesidad de respetar la voluntad del testador, consideramos que debe abrirse la posibilidad, cuando menos en el ámbito teórico, de que ante la concurrencia de cualquiera de estos supuestos en el otorgamiento de una o varias disposiciones concretas, pero no del conjunto del negocio testamentario, se pueda aplicar la nulidad parcial a aquella o aquellas disposiciones en que concurrió el vicio, dejando a salvo el resto del testamento, que se otorgó libre y voluntariamente.

En cualquier caso, la escasa y, desde luego, insuficiente regulación⁴⁸⁹ de esta

⁴⁸⁸ Vid. CICU, ob. cit., pág. 180.

⁴⁸⁹ El artículo 674 del Código civil también hace mención a supuestos de concurrencia de dolo, fraude o violencia, pero aplicados al caso, no de otorgar un testamento condicionado, sino al de no poder otorgarlo dada la concurrencia de alguno de esos vicios. En estos casos no se puede hablar propiamente de nulidad testamentaria, ya que no se otorgó el testamento en cuestión, otra cosa distinta es qué debería pasar en estos casos cuando se conozca o se pueda probar que el causante quería haber otorgado testamento, ya fuese este el primero que otorgase o uno nuevo. Es decir, si en los casos en que no hubiese un testamento previo válido se debería abrir o no la sucesión *“ab intestato”*,

materia para los testamentos, hace que sea necesario recurrir a la más amplia regulación existente para los contratos, aunque no debe olvidarse que para poder aplicar esta regulación a los testamentos deben respetarse las características propias de estos negocios jurídicos.

- **La violencia y/o intimidación.-** Como hemos visto, el artículo 673 del Código civil recoge entre las causas de nulidad testamentaria la violencia, sin hacer diferenciación expresa, como sí hace en el ámbito contractual (art. 1.267 del C.c.), entre violencia e intimidación. De lo que no cabe duda es de que en el ámbito testamentario tanto la violencia física como la moral, en ambos casos siempre que sean graves (de entidad suficiente como para doblegar la voluntad del otorgante y que produzca en éste un temor fundado de percibir un daño), son causas de nulidad del testamento en que concurran⁴⁹⁰.

a sabiendas de que ésta iría contra la voluntad última del testador; o si en los casos en que hubiese un testamento anterior válido debería regirse la sucesión por éste o abrirse la sucesión “*ab intestato*”, toda vez que el testamento nuevo no otorgado hubiese derogado el anterior válido. Hechos estos que quedan enunciados para futuras líneas de investigación.

⁴⁹⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 6 de Octubre de 2.008, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1.934 no deja dudas de la aplicación de ambas en sede testamentaria y nos expone: “*La antigua STS de 22 de febrero de 1934 señalaba "Que entendiendo el testamento como una manifestación de voluntad por la cual cierta persona dispone de todos sus bienes o de parte de ellos para después de la muerte (artículo 677 del Código Civil) es evidente que constituye un acto volitivo que, como tal, germina en el campo reservado por la ley a la autonomía de la libertad individual, cuyo orden casual se quiebra cuando la interferencia de un fenómeno insólito, intrínseco o extrínseco, opera sobre la determinación interna del querer, dando a la declaración humana una materia o inclinación radicalmente distinta de las motivadas en génesis moral por la colaboración de la libertad y del medio, que si obedeciera, de contrario, al estímulo o presión de otros poderes extraños, se desvaría o desnaturalizaría la sustancia del propio ser, porque donde no hay deliberación ni acción autónomas tampoco existe decisión personal libremente realizada y desaparece toda solidaridad interna y toda unidad dominante de la vida, por la yuxtaposición de elementos ajenos a la coherencia de los que integran la personalidad inteligente, y de ahí que las anomalías de la voluntad, reflejada a veces en las formas plásticas del consentimiento dentro de los negocios jurídicos que lo requieren, cuales la menor edad y el trastorno mental, por una parte, la violencia -material y moral- el dolo y el fraude de la otra, aquéllos en concepto de factores endógenos y éstos externos, han sido acogidos en todas las legislaciones como agentes de instituciones defectuosas o coartadas sin más valor ni prestigio que el de meras apariencias, relevantes y condenadas a sucumbir cuando la ley reobra contra ellas"*.

En este sentido, el artículo 673 del Código Civil atribuye la condición de nulo al testamento otorgado con violencia dolo o fraude. Sobre si la expresión normativa de "violencia " se refiere exclusivamente a la fuerza irresistible, es decir la que convierte al testador en mero instrumento de la voluntad ajena -caso que deviene impensable en el testamento notarial dada la necesaria exteriorización de la misma, al tiempo de su otorgamiento, ante el fedatario público-, o si comprende igualmente la vis intimidativa o coacción moral, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de que el mentado artículo 673 abarca las dos especies de violencia . La STS de 22 de febrero de 1934 aborda directamente tal cuestión, para dar a la misma una respuesta positiva, al tiempo que delimita el ámbito propio de la intimidación, como causa de indignidad para suceder del artículo 756 del Código Civil, de la intimidación, como vicio de la voluntad testamentaria, que acarrea la nulidad de los actos jurídicos de última voluntad. ... El Tribunal Supremo casa la sentencia, y declara la nulidad del testamento , al hallarse la voluntad de la testadora viciada por intimidación , y lo hace en los términos siguientes: "En el negocio unilateral testamentario

inspirado en una moción de liberalidad que por lo mismo, requiere mayor diafanidad y limpieza en las voliciones electivas, la ley establece normas depuradoras de la libre determinación en el querer del causante y entre ellas sanciona con nulidad el instrumento atorgado mediante violencia, dolo o fraude; bien entendido que, dominada la institución testamentaria por la concepción apriorística de la autonomía de la voluntad, no limita la norma legal el sentido de violencia al de fuerza material, al invencible vis atrox, vis divina, vis maior con una inconsecuencia e ilogismo impropios de la naturaleza jurídica de la institución, de su importancia social y de la sistemática del Código Civil, sino que embebe en ella la coacción moral intimidatoria, causal o grave e injusta, porque tal criterio responde así a la dirección del pensamiento que guía este aspecto trascendente de la sucesión ex testamento en nuestro Derecho, y aunque es verdad la inclusión de las amenazas entre los motivos de indignidad que enumera el artículo 756, en apariencia excluidas del 673 por no haber sido designadas en el nominatim, no es menos cierto que la violencia y el fraude se citan en ambos y el dolo se omite en aquél, lo que supone más que un defecto de técnica, por la existencia de lagunas susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales, una gradación extensiva de los citados vicios de la voluntad, aptos unas veces, si son agudos, para anular radicalmente el consentimiento, cuando no aniquilan y anonadan o de enervarlo otras relativamente si el sujeto imputado de coaccionar en provecho suyo no logró destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso, y por vía de sanción penal, se le incapacita para suceder a causa de indignidad, conservando incólume el resto de la institución sucesoria; en suma, que si las amenazas en general no deben de ser consideradas siempre como materia de violencia moral, aunque revisten entidad suficiente para datar indignidad, cuando, por el contrario, son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden, por tanto, determinar la nulidad del testamento, a estímulos del artículo 673 del Código Civil, y es claro que, dentro de esta categoría, caen indiscutible ante las amenazas de muerte, como de muy cualificadas."

Así pues, la sentencia distingue entre la intimidación que condiciona, doblega, la voluntad el testador, lo que trae consigo la nulidad del testamento por vicio invalidante de la libre determinación del de cuius, al disponer mortis causa de sus bienes y derechos; de la amenaza, como causa determinante de la indignidad sucesoria, que entra en juego cuando interviniendo la misma no logra destruir la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso se le sanciona, por su ilícito proceder, con la incapacidad para suceder, conservándose incólume el resto de la institución sucesoria. La inclusión de la intimidación dentro de la violencia es confirmada por las sentencias de 30 de junio de 1944 y 16 de abril de 1959, así como la de 29 de mayo de 1972, que analiza además la aplicación al testamento de los artículos 1267 y 1268 del Código Civil, teniendo en cuenta la naturaleza del acto testamentario, no recepticio, unilateral y mortis causa.

Según la Doctrina (SEONE SPIEGELBERG), los requisitos viabilizantes de la apreciación de la vis intimidativa como causa anulatoria de la voluntad testamentaria serían los siguientes: a) injusta, es decir sin razón que la justifique; b) grave, es decir que tenga la entidad suficiente para doblegar la voluntad del testador, por lo que se deberá de tratar de una amenaza seria, que produzca en el de cuius un temor racional y fundado de sufrir un daño si no accede al otorgamiento del testamento en el sentido instado con la intimidación; y c) la intimidación ha de estar, por último, suficientemente probada, pues los vicios de la voluntad testamentaria no se presumen, por lo que, quien los alegue, corre con la carga de su acreditamiento.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo citada, de 22 de febrero de 1934, señala: "que si las amenazas en general no deben de ser consideradas siempre como materia de violencia moral, cuando, por el contrario, son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden, por tanto, determinar la nulidad del testamento, a estímulos del artículo 673 del Código Civil". Por su parte, la sentencia de 16 de abril de 1959 indica que: "conforme a la sentencia de 22 de febrero de 1934, invocada precisamente por el actor, las amenazas derivadas de esa coacción intimidatoria han de ser de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al testador y le causen inhibición de su libertad"; y declaró la STS de 30 de junio de 1944 que: "para apreciar la existencia de intimidación deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que en el caso concurren, no sólo los hechos coactivos realizados, sino, además, las circunstancias que se daban, tanto en la persona que ejerció la coacción como en la que fue objeto de ésta". Por su parte, en la sentencia de 12 de mayo de 1945 se señaló que no constituye coacción alguna el hecho de que, al otorgamiento del testamento, se encontrasen presentes el heredero y sus familiares. Finalmente, la STS de 13 de julio de 1981 señala: "que al igual que el dolo, la violencia ha de ser probada por quien la invoca, como hecho jurídico impeditivo de los efectos jurídicos normales atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal- Sentencias de 22 de marzo de 1941 y 10 de junio de 1976-".

Sin embargo, con carácter general el temor reverencial no debe ser causa de nulidad del testamento por esta causa, aunque en tal caso podría hablarse del dolo, como causa determinante de la nulidad de la disposición testamentaria, si concurren los supuestos de la captación o sugestión de la voluntad del testador. Tales maniobras de captación de voluntad son definidas por la STS de 9 de mayo de 1975, en la que, con cita de otras resoluciones, se sostiene: "la manifestación que contiene la sentencia recurrida de que el testamento de 5 de junio de 1971, tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del testador, o sea como dicen las sentencias de esta Sala de

DE CASTRO⁴⁹¹ establece como requisitos para que la violencia sea apreciada como causa de nulidad testamentaria los siguientes: a) que el temor a sufrir un perjuicio sea racional y fundado; b) que resulte de una intimidación ilícita (por lo que no se considera intimidación el hecho de advertir que se va a ejercer un derecho legítimo, aunque éste perjudique al testador, ni el resultado de un acontecimiento natural o azaroso); c) que sea inspirado por una conducta ajena; y d) que todo ello lleve a una declaración de voluntad no querida.

En este sentido, la doctrina⁴⁹² se plantea si es posible que en los casos en que exista violencia o intimidación estas afecten tan sólo a una parte del testamento, en cuyo caso se abriría la puerta a la nulidad parcial, o, por el contrario, si la concurrencia de estos vicios es siempre de tal magnitud que no puede entenderse como parcial, sino que afecta al negocio en su conjunto, con lo que, en este caso, la única posibilidad sería la nulidad total del negocio “*mortis causa*”.

Lo que es evidente, en cualquier caso, es que tanto la intimidación como la

25 de octubre de 1928 y 1 de junio de 1962 (R. 2.618), en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigidos por el instituido a desviar la libre determinación de sus decisiones y conseguir se excluyera de su herencia en todo o en parte a personas que, de otra manera, serían llamados a la sucesión; constituye una afirmación de hecho de la libre apreciación de la Sala de instancia". La Doctrina (COSSIO), señala que puede consistir en cualquier engaño malicioso que provoque error en el testador o simplemente en la maquinación que tiende a captar la voluntad del testador para que se incline en un determinado sentido; una de las características más señaladas del dolo testamentario, consiste, en que, por regla general, es producto, no de una circunstancia momentánea, sino de una maniobra prolongada en el tiempo que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad ajena hasta la muerte del testador , ya que debe continuar, incluso, después de otorgado el testamento , en cuanto existe siempre una posibilidad incondicionada de revocación, que al no haberse producido demuestra que la acción se mantuvo constante, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado. A los efectos de determinar si concurre un supuesto de captación dolosa de la voluntad testamentaria, es importante considerar las circunstancias subjetivas del testador y entre ellas su fortaleza de espíritu. En este sentido, CICU señala que igual que en la violencia , también aquí la eficacia determinante del dolo o la sugestión se deben valorar caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente las condiciones de salud física y mental del testador , de su edad, de su predisposición a someterse o no a voluntades ajenas, etc."

⁴⁹¹ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., págs. 140 y ss.

⁴⁹² A favor de la aplicación de la nulidad parcial en estos supuestos nos podemos encontrar con CRISCUOLI (*Precisazioni in Tema di Annullabilità Parziale del Negozio Giuridico in Rapporto ai Vizi della Volontà*, en RDC, 1.964, pág. 378), en contra de esta teoría se pronuncia, por ejemplo, FUNAIOLI, G. B. (*Invalidità della Volontà Negoziabile e Conservazione del Negozio Giuridico*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale*, 1947, pág. 147).

violencia deben ser debidamente acreditadas⁴⁹³ por quien las alega en el pertinente procedimiento de nulidad del testamento. Cuestión distinta es qué ocurre cuando se acredita la concurrencia de violencia o intimidación en el otorgamiento de un testamento pero sólo se pretende la nulidad de parte de éste, es decir, a quién corresponde en estos casos acreditar la extensión de estos vicios de la voluntad y, por tanto, sus efectos. A este respecto, entendemos que debemos decantarnos porque deberán ser aquellos que defiendan la validez o persistencia de una parte del testamento los que tengan la carga de la prueba de que dichos vicios no afectaron al resto del testamento.

Queda así abierta la posibilidad de la nulidad parcial en los casos de violencia e intimidación, en los que, como hemos visto, una vez acreditada la existencia de cualquiera de estas causas de nulidad el verdadero problema lo vamos a encontrar a la hora de determinar el alcance real de dicha violencia o intimidación y, por tanto, la parte del testamento que debe verse afectada y cuál no⁴⁹⁴.

- ***El dolo y el fraude.***- El artículo 673 del Código civil también recoge expresamente entre las causas de nulidad testamentaria por él reguladas el dolo y el fraude. Dolo y fraude que pueden ser causa tanto de nulidad total como de nulidad parcial del testamento en que concurran, siempre que se den las causas ya vistas para que esta segunda pueda producirse, y que, como en el caso anterior, sean probados por quien alega su concurrencia⁴⁹⁵.

⁴⁹³ En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 22 de Marzo de 1.941, de 10 de Junio de 1.976, de 13 de Julio de 1.981 y de 30 de Noviembre de 1.991, entre otras muchas. Y, más recientemente han recogido esta doctrina las diversas Audiencias, y así: SAP de La Rioja de 6 de Octubre de 2.008, SAP de Orense de 25 de Septiembre de 2.009 y SAP de Baleares de 9 de Noviembre de 2.010.

⁴⁹⁴ Un caso prototípico de nulidad parcial debido a la concurrencia de violencia o intimidación es el de aquella persona que por medio de estas artes hace que el testador le legue un bien concreto de la herencia, sin que el mismo afecte a la legítima ni a ningún otro derecho de los legitimarios. En este caso sería fácil determinar que la nulidad debería afectar tan sólo al legado obtenido de forma irregular y deberían permanecer válidas el resto de disposiciones recogidas en el negocio testamentario.

⁴⁹⁵ En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo ya desde antiguo, como por ejemplo en las SSTS de 22 de Marzo de 1.941, de 31 de Marzo de 1.961, de 30 de Marzo de 1.968, de 10 de Mayo de 1.972 o de 7 de Enero de 1.975, entre otras. Recientemente recogen esta doctrina la SAP de Madrid de 27 de Febrero de 2.009 y la SAP de Baleares

Como es habitual en el ámbito testamentario, dada la reiteradamente citada escasa regulación de la materia, al no existir una norma específica que establezca qué debe entenderse por dolo o fraude en este ámbito se debe acudir a la regulación, más extensa, de los contratos, a fin de, por analogía, poder llenar las lagunas dejadas por el legislador. Dicha figura, en el ámbito contractual viene recogida en los artículos 1.269 y 1.270 del Código civil.

Con esta definición como punto de partida y teniendo en cuenta las peculiares características de los testamentos, podemos obtener nuestra propia definición, de tal manera que lleguemos a entender que habrá dolo o fraude en el ámbito testamentario cuando con palabras o maquinaciones insidiosas un tercero induzca al testador bien a recoger en su testamento una declaración de voluntad que, de otro modo, no hubiese recogido, o bien a otorgar un testamento que, de otro modo, no hubiese otorgado, o, en su vertiente negativa, bien a no incluir en el testamento una disposición que, de otro modo, sí hubiese incluido o bien a no otorgar un testamento que hubiese querido otorgar.

Como podemos observar, de la propia definición se pueden extraer algunas claras diferencias con la aplicable en el ámbito contractual, como pueden ser, por ejemplo: a) que en el ámbito testamentario los actos o maquinaciones, dado su carácter unilateral, no tienen necesariamente que proceder de la otra parte contratante, ya que ésta no existe, sino que pueden proceder de cualquier tercero, se beneficie o no del resultado de sus maquinaciones; b) además, en el ámbito testamentario podemos observar una doble vertiente, una positiva, el que actúe con dolo o fraude para conseguir que se otorgue un testamento o se incluya en

de 9 de Noviembre de 2.010. No admitiéndose en este ámbito las meras conjeturas (SSTS de 25 de Octubre de 1.928, de 25 de Mayo de 1.945, de 21 de Junio de 1.978, de 13 de Mayo de 1.991, de 23 de Junio de 1.991 y de 29 de Marzo de 1.994, y recientemente lo han recogido la SAP de Tarragona de 10 de Octubre de 2.006 y la SAP de Barcelona de 4 de Octubre de 2.007), pero dejando la puerta abierta a cualquier medio probatorio, incluso a las presunciones (SSTS de 7 de Diciembre de 1.899, de 10 de Mayo de 1.910, de 4 de Junio de 1.947, de 22 de Marzo de 1.941, de 1 de Junio de 1.962, de 10 de Mayo de 1.972, de 7 de Enero de 1.975 y de 3 de Febrero de 1.977. Y más recientemente la SAP de Orense de 30 de Enero de 2.002, la SAP de La Coruña de 18 de Marzo de 2.009 y la SAP de La Coruña de 2 de Marzo de 2.012).

uno una disposición concreta, y otra negativa⁴⁹⁶, consistente en impedir que se otorgue un testamento o que se incluya una concreta disposición en él; y c) que la intensidad de la maquinación necesaria para llevar aparejada la nulidad en los testamentos es mucho menor que en los contratos⁴⁹⁷.

De esta manera, para que el dolo pueda llegar a producir la nulidad de un testamento es necesario:

- **Que haya una maniobra insidiosa**, es decir una actitud intencionada y voluntaria de provocar el otorgamiento de la declaración de voluntad en los términos deseados, de tal manera que sólo a través de esas actuaciones se hubiese logrado esa declaración. Por las especiales peculiaridades del testamento, esencialmente por su carácter revocable, lo normal en este ámbito es que estas actuaciones o maquinaciones tendentes a coartar o influir en la voluntad del testador suelen prolongarse en el tiempo, incluso hasta el fallecimiento del otorgante, a fin de que éste, con posterioridad al otorgamiento del testamento viciado no otorgue otro distinto que revoque el viciado.

⁴⁹⁶ El origen de esta vertiente negativa lo podemos encontrar en el artículo 674 del Código civil. Este artículo, si bien no sanciona esta conducta con la nulidad del testamento, como es lógico, por otra parte, ya que no se otorgó ninguno, sí priva de su derecho a la herencia a quien así actúe.

Cuestión distinta en este ámbito es qué debe pasar cuando sea un tercero distinto a los recogidos en el artículo 674 citado el que impida dichos otorgamientos, ya que al carecer de derecho alguno en la sucesión la sanción recogida en dicho artículo carecería de efectividad. Entendemos, que las implicaciones y consecuencias en este caso se saldrían del ámbito testamentario propio de este trabajo, por lo que sencillamente nos limitaremos a plantear la cuestión para futuras líneas de investigación.

Otra duda que surge de la vertiente negativa y de la aplicación del artículo 674 del Código civil es qué debe pasar con la sucesión una vez que queda acreditado que el testador quería otorgar testamento y no lo pudo hacer por una actuación dolosa de un tercero o que no lo pudo otorgar conforme a su verdadera voluntad. En estos casos, se debería mantener el testamento anterior válido, de haberlo, o se debería abrir la sucesión intestada, en caso de no haberlo, a sabiendas de que ya no recoge la verdadera voluntad del testador.

⁴⁹⁷ En esta línea se pronuncia LACRUZ BERDEJO (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 231), al tener en cuenta las especiales circunstancias que pueden rodear el otorgamiento de un testamento, por ejemplo al final de la vida del causante, que hacen que la voluntad de éste sea más fácilmente manipulable, o el hecho de que los efectos del testamento se producen después de la muerte del causante, lo que impide que éste pueda defenderse, y el hecho de que es más difícil probar el dolo en este ámbito que en el de los contratos. En esta misma línea se pronuncia CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 143.

- **Que la actuación, el dolo, sea grave**, si bien en menor grado que en el ámbito de los contratos, como ya hemos adelantado. Dicha gravedad debe valorarse en función de las peculiaridades y circunstancias de cada caso en concreto⁴⁹⁸.

En cualquier caso, no debe confundirse el dolo con el error, ni considerarse el primero integrado dentro del segundo por el mero hecho de que por medio de dolo se pueda inducir al testador a otorgar testamento o, recordemos, a no hacerlo, basado en el hecho de hacerle creer algo distinto a la realidad, por cuanto son numerosos los negocios jurídicos que se encuentran viciados por la concurrencia de dolo y en los que no hubo error⁴⁹⁹.

El dolo y el fraude afectarán únicamente a aquella o aquellas disposiciones en que concurran, respetándose el resto del negocio testamentario. El problema, como en el caso anterior viene a la hora de delimitar a qué disposiciones concretas afectaron estos.

- ***El error.***- A diferencia de los casos anteriores, no viene expresamente recogido como causa de nulidad de los testamentos en el artículo 673 del Código civil, ni en ningún otro, en contraposición a lo dispuesto en el propio Código civil para los contratos, donde el artículo 1.265 sí recoge el error como causa de nulidad de estos.

Esta discrepancia⁵⁰⁰ de regulación de la figura del error ha llevado a

⁴⁹⁸ La apreciación de la gravedad del dolo queda sometida al criterio de los Tribunales, tal y como se aprecia en las SSTs de 25 de Octubre de 1.926, de 1 de Junio de 1.962, de 24 de Febrero de 1.971, de 1 de Junio de 1.972, de 9 de Mayo de 1.974, de 3 de Febrero de 1.977, de 13 Julio de 1.981, de 7 de Mayo de 1.994 y de 8 Enero de 2.007, siendo obligación del que defiende su concurrencia el probarlo. Y más recientemente han recogido esta postura las diversas Audiencias Provinciales, entre ellas cabe citar la SAP de La Rioja de 6 de Octubre de 2.008 o la SAP de Valencia de 13 de Abril de 2.011.

⁴⁹⁹ Vid. DE CASTRO *El Negocio...*, cit., pág. 148. Y tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 143.

⁵⁰⁰ Estas discrepancias ya han sido recogidas previamente de forma general en el CAPÍTULO PRIMERO, punto II, apartado A de este trabajo, al que nos remitimos.

plantearse si el error debería ser aplicable, por vía de la analogía, a los testamentos o no.

Como ya hemos visto, la negativa a admitir la aplicación del error como causa de nulidad genérica en el ámbito testamentario se basa en que la omisión de dicha causa en el artículo 673 del Código civil debe ser voluntaria, ya que el mismo sí regula esta figura de forma general en el ámbito contractual, y no omite del todo su regulación en el ámbito testamentario, donde sí recoge supuestos específicos donde la concurrencia de un error lleva aparejada la nulidad, como pueden ser los casos de los artículos 767 y 862 del Código civil (en cuanto a la falsedad de la causa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario y en cuanto a la ignorancia de que la cosa que se legaba era ajena, respectivamente). Teoría que se refuerza con el hecho de que el propio Código civil establece como “*numerus clausus*” los supuestos de ineficacia de los testamentos, al limitarlos a los expresamente recogidos en el propio Código (art. 743 del C.c.), lo que, según esta doctrina, de por sí, impediría la aplicación del error al caso de los testamentos.

Por su parte, los que afirman la aplicación del error como causa general de invalidez basan su postura en el hecho de que no es lógico admitir como válida una declaración a sabiendas de que es errónea, abriendo la puerta al error en el ámbito testamentario o bien mediante la aplicación analógica del artículo 1.265 del Código civil, o bien mediante la exigencia, recogida en el artículo 675 de nuestro Código civil, de que se aplique la verdadera voluntad del testador.

Nosotros nos vamos a decantar por admitir el error como causa de nulidad testamentaria, el cual puede producirse en la declaración (error obstativo), es decir, cuando se produce una divergencia entre la voluntad real y la declaración efectuada, ya sea por un desliz o un “*lapsus linguae*”; o puede producirse en el contenido del negocio (error vicio), es decir, cuando se forma⁵⁰¹ una voluntad

⁵⁰¹ En el caso de que esta creencia haya sido creada por la intervención voluntaria de un tercero, con el fin del otorgamiento de un testamento distinto al que hubiese otorgado el causante sin esa intervención, nos encontraremos ante un caso de dolo, de los estudiados anteriormente, y no de error.

interna a raíz de una creencia o circunstancia inexacta, aunque en estos casos la voluntad, aunque viciada, coincida con lo declarado.

En ambos casos, no cualquier clase de error va a producir directamente la nulidad del testamento⁵⁰² en que se integre. En el primer caso, por ejemplo, si el error se produce en la identificación del heredero (nombre o apellidos) no se producirá la nulidad cuando de cualquier otro modo pueda identificarse a éste⁵⁰³. En el segundo de los casos, sólo llevará aparejada la nulidad el error basado en una idea cierta y que ésta sea esencial para el otorgamiento del testamento, de tal manera que sin ella no se hubiese otorgado.

Dentro del ámbito testamentario el error puede recaer o bien en la persona a la que quiso beneficiar el causante, o bien en la cosa objeto de testamento (ya sea en la propia identidad de la cosa o en la substancia o calidad de ésta, por ejemplo) o bien en los motivos por los que se haga la declaración o alguna de las disposiciones en concreto (causa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario). En todos estos casos, como hemos visto, el error no invalidará el testamento cuando puedan determinarse, la persona, la cosa, o los motivos ciertos.

El error, como es lógico, y respetando el principio de "*favor testamenti*", puede afectar a todo el testamento o tan sólo a la concreta disposición o disposiciones sobre la o las que recaiga⁵⁰⁴, de tal forma que la nulidad deberá decretarse sólo de la parte que se vea afectada por el mismo, sin que, por tanto, el error de una disposición en concreto tenga por qué afectar al testamento en su conjunto. De esta forma, el error podrá dar lugar tanto a casos de nulidad total del

⁵⁰² Vid. MESSINEO, F., *Derecho Civil y Comercial*, T. VI, traducción española de SENTÍIS, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1.971, pág. 158.

⁵⁰³ Vid. ALBADALEJO, *Invalidez de la Declaración de Voluntad*, en ADC, 1.957, pág. 998.

⁵⁰⁴ Vid. a este respecto, entre otros, ALBADALEJO, *Invalidez de la...*, cit., pág. 1.005; OSSORIO MORALES, ob. cit., págs. 353 y 354; o TRAVIESAS, *El Testamento*, cit., pág. 133.

testamento, cuando el mismo sea de tal magnitud que afecte a todas las disposiciones testamentarias⁵⁰⁵, como a casos de nulidad parcial, cuando el error afecte tan sólo a alguna disposición en concreto.

En cuanto a la aplicación de la nulidad parcial debido a la concurrencia de un error hay que entender que éste también puede darse tan sólo en parte de una disposición en concreto y no en toda ésta, por lo que si la misma sigue manteniendo entidad suficiente para surtir efectos y se deduce que la voluntad del testador era que la misma hubiese seguido produciendo efectos una vez quitada la parte nula no encontramos inconveniente en admitir la aplicación de la nulidad parcial no ya de todo el testamento en su conjunto sino de una disposición en concreto, cuando, como hemos dicho, el error afecte tan sólo a una parte de la estipulación.

En cualquier caso, el error deberá ser probado por quien lo alegue, quien además deberá acreditar que éste fue esencial en el otorgamiento de la declaración.

- ***Discrepancias voluntarias entre la voluntad real y la recogida en el testamento.***- Son aquellos casos en los que, sin intervenir un tercero o una causa ajena al causante que le obligue o condicione, el testador emite una declaración de voluntad que no se ajusta a su voluntad real, ya sea porque realmente la declaración no se ha hecho en serio, porque se ha producido una simulación o porque guarda para sí su verdadera voluntad.

⁵⁰⁵ Por su parte GORDILLO CAÑAS (*Comentario al Artículo 767.1 en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. X, vol. 1º, cit., pág. 351) entiende que el artículo 798 del Código civil abre la puerta a que en los casos en que todo el testamento se haya visto afectado por un error se pueda mantener la voluntad del testador siempre que esta pueda ser interpretada por algún medio, lo que supondría un límite a la impugnación del testamento por error.

Artículo 798: “Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.”

En estos casos, como en los de vicios de la voluntad anteriormente vistos, deberá ser el que defienda la discrepancia entre voluntades el que acredite dicho hecho, que, en ningún caso, se presume⁵⁰⁶, de tal forma que en caso de duda se deberá estar a lo recogido en la voluntad declarada. En los casos en que se acredite esta divergencia se producirá la nulidad del testamento en la parte afectada, nulidad parcial, o la de todo el negocio en su conjunto si afecta a una parte esencial o a éste de forma global, nulidad total, no prevaleciendo la voluntad real, pese a haberse acreditado ésta⁵⁰⁷.

- **Declaración no hecha en serio.-** Se da en aquellos casos en que se emite una declaración de voluntad sin intención de que sea tomada en serio o de que tenga validez como tal declaración de voluntad, es decir, que cuando se emite en ningún caso se pretende que dicha manifestación de voluntad desempeñe efectos jurídicos por lo que se emite con la intención de que no sea tomada en serio por los intérpretes o en forma tal que estos puedan percatarse de la falta de seriedad de la declaración. Es la declaración conocida como "*iocandi causa*" y son ejemplos característicos de este tipo de declaración las hechas en broma o con fines didácticos, por lo que es evidente que cualquier declaración de este tipo será siempre nula⁵⁰⁸.

Cuestión distinta es, tal y como lo recogen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁵⁰⁹, si en estos casos se puede llegar a tener derecho a algún tipo de resarcimiento si el destinatario de la declaración acreditase fundadamente haber creído en la

⁵⁰⁶ En este sentido se pronuncian las SSTs de 30 de Junio de 1.966, de 5 de Julio de 1.966, de 9 de Abril de 1.970, de 30 de Octubre de 1.970, de 30 de Abril de 1981, de 8 de Junio de 1.982, de 9 Marzo de 1.984 y de 21 de Febrero de 2.012. También lo han recogido recientemente la SAP de Barcelona de 24 de Mayo de 2.000, la SAP de Barcelona de 9 de Mayo de 2.000, la SAP de Alicante de 17 de Marzo de 2.004 y la SAP de Alicante de 27 de Febrero de 2.004.

⁵⁰⁷ A favor de la prevalencia de la voluntad real nos podemos encontrar con SANTOS BRIZ, ob. cit., pág. 364.

⁵⁰⁸ Indistintamente del punto de partida, la doctrina es unánime en este hecho, vid., por todos: ALBALAEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 242; o CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 760.

⁵⁰⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, T. I, Editorial Tecnos, Madrid 1.990, pág. 522.

formalidad de la declaración y haber actuado en consecuencia con ella.

Como es lógico, dada la naturaleza de estas declaraciones, lo normal es que la nulidad afecte al testamento en su conjunto, aunque en la práctica nada impide que se dé un supuesto en que la declaración "*iocandi causa*" sea hecha sólo respecto a una parte o partes de un testamento, en cuyo caso la nulidad sólo afectaría a esta parte o partes.

- **La reserva mental.-** Son aquellos casos en que el testador voluntariamente se guarda para sí su verdadera voluntad y manifiesta otra en su declaración, de tal manera que la declarada tiene apariencia de real y nadie tiene razones para dudar de ella. El fin de esta conducta no puede ser más que el de engañar⁵¹⁰ a los destinatarios de la misma o a aquellas personas que puedan tener conocimiento de su contenido, indistintamente del fin buscado con este engaño.

Su aplicación o admisibilidad en el ámbito testamentario ha sido y es muy discutida por la doctrina, con fuertes posturas a favor y en contra⁵¹¹.

En estos casos, acreditada la divergencia entre voluntades nos encontramos ante la invalidez de ambas voluntades, la interna, que de por sí no puede producir efectos, aunque fuese lo realmente querido, y la externa, que al no ser lo realmente querido queda privada del poder vinculante de este tipo de declaraciones, a lo que debe sumarse el principio de confianza. Como no puede ser de otro modo, dicha invalidez puede afectar a todo el negocio o sólo a una parte de él, de tal forma que será sólo la parte en que concurra la reserva mental la que se verá afectada de nulidad.

⁵¹⁰ Vid. ALBADALEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 240.

⁵¹¹ Esta polémica doctrinal la recoge ampliamente CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 147 y ss.), a la vez que cita numerosa bibliografía a la que nos remitimos para un más profundo estudio de este tema.

- **La simulación.-** Esta figura, que tampoco es admitida unánimemente entre la doctrina⁵¹², tiene su fundamento en un acuerdo de voluntades entre el emitente de la declaración y el receptor de la misma, acuerdo de voluntades que no concuerda con la voluntad interna, real, del testador; declaración simulada que, además, es hecha con el fin de perjudicar a un tercero. Como es lógico, en el ámbito testamentario, de ser posible, el único caso de simulación es aquel en el que el receptor de la declaración sea un heredero o un legatario, no teniendo cabida con cualquier otro tercero.

De lo que no cabe duda, en caso de admitirse la figura de la simulación en este ámbito, es de que cuando afecte tan sólo a una parte del negocio no hace nulo al negocio en su conjunto, sino a la parte afecta de esta simulación⁵¹³.

c) Nulidad referida al objeto.

La noción de objeto es definida por POTHIER como la cosa que se debe dar o lo que se debe hacer o no hacer. Entre nuestra doctrina⁵¹⁴ también podemos encontrarnos con diversas definiciones e, incluso, con algunos autores que

⁵¹² LACRUZ BERDEJO (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 204) estima que la simulación en el ámbito sucesorio es un caso de reserva mental. ALBADALEJO (*Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, cit. pág. 247) considera que la simulación no es posible en los testamentos al tratarse de un negocio con declaración de voluntad no recepticia, donde considera que sólo cabe la reserva mental. DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 345), va un paso más allá al considerar que en el ámbito testamentario no son posibles ni la simulación ni la reserva mental, salvo que la simulación se produzca en una disposición revocatoria. A favor de la admisión de la simulación en el ámbito testamentario nos podemos encontrar con: CICU, ob. cit., págs. 174 y ss.; o BIGLIAZZI GERI, L., *Appunti in Tema di Simulazione del Testamento*, en RTDPC, 1.962. Estas controversias doctrinales también las recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 148 y ss.), donde se recoge esta y otra bibliografía al respecto.

⁵¹³ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit. loc.), al seguir a FERRARA, L. (*La Simulación de los Negocios Jurídicos*, traducción Española de ATARD y DE LA FUENTE, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.961, pág. 290).

⁵¹⁴ Por su parte SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de...*, T. II, cit., pág. 589) expresa que el objeto deberán ser cosas y servicios posibles que se encuentren dentro del comercio de los hombres; ALBADALEJO (*Derecho Civil*, T. II, vol. 2º, cit. pág. 238) nos define el objeto como la materia del negocio, aquello sobre lo que versa el negocio; DE LOS MOZOS (*El Objeto del Negocio Jurídico*, en RDP, 1.960, pág. 376), por su parte, considera que el objeto es la realización jurídica del interés buscado por las partes, el resultado querido; y GALGANO, F. (*El Negocio Jurídico*, traducción española de BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.992, pág. 123) lo entiende como el derecho real o de crédito o la prestación que se entrega.

propugnan, en mayor o menor medida, la exclusión⁵¹⁵ del objeto como elemento esencial de los negocios.

En cualquier caso, hoy en día nuestro ordenamiento sigue recogiendo, en el artículo 1.261 del Código civil, el objeto como elemento esencial de los contratos, hecho que también debe tener su reflejo en lo relativo al ámbito de los testamentos, de tal manera que, para poder desplegar sus efectos, deben tener un objeto posible, lícito, determinado o determinable y sometido al poder del titular del derecho⁵¹⁶, requisitos todos estos recogidos, para los contratos, en los artículos 1.271 a 1.273 del mismo cuerpo legal y que deben ser entendidos como aplicables al ámbito sucesorio⁵¹⁷.

En cuanto al momento en que debe valorarse la concurrencia de estos requisitos éste no puede ser otro que aquel en que el negocio va a desplegar sus efectos, es decir, en el caso del testamento en el momento de la apertura de la sucesión. Esto no evita que también puedan tener su relevancia práctica en el momento del otorgamiento del testamento, como ocurre con los legados, tal y como lo recogen los artículos 862, 866 y 869 del Código civil, entre otros.

Como es lógico, el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos esenciales dejaría al negocio sin objeto y, por tanto, conllevaría aparejada la nulidad de dicho negocio⁵¹⁸. Tal nulidad que, como en casos anteriores, puede ser parcial o total en función de si la irregularidad en el objeto afecta sólo a una

⁵¹⁵ Entre los que propugnan la exclusión parcial podemos citar a PUIG PEÑA, F. (*Tratado de Derecho Civil Español*, T. I, vol. 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.958, pág. 479) y entre los que consideran necesaria la exclusión total podemos citar a ESPÍN (*Manual de...*, T. I, cit., pág. 228).

⁵¹⁶ Si bien estas características son generales y deben ser cumplidas por todos los objetos para su validez, no todos los objetos las cumplen para todos los contratos, así hay objetos válidos para unos negocios que no lo serán para otros, de tal forma que, por ejemplo, la herencia es un objeto lícito para un testamento, pero no lo es para un contrato, al venir expresamente prohibido por el artículo 1.271 del Código civil. En este sentido se ha pronunciado LACRUZ BERDEJO, *Elementos de...*, T. I, vol. 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 1.999, pág. 150.

⁵¹⁷ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de...*, T. II, cit., pág. 589.

⁵¹⁸ En este sentido lo recoge el Código civil, entre otros, en los artículos 865, 1.261 y 1.305.

cláusula de éste o al negocio en su conjunto. En cualquier caso, cuando nos encontremos ante un supuesto de nulidad parcial, antes de aplicar la misma debe tenerse en cuenta la voluntad del testador⁵¹⁹, decantándonos por la nulidad parcial si el testador hubiese querido que el testamento hubiese mantenido su vigencia incluso sin la parte nula o por la total en caso contrario.

No podemos olvidar en esta materia, las peculiaridades del testamento, dentro de los negocios jurídicos, que pueden afectar al objeto de estos. En este ámbito, llega a plantearse la duda⁵²⁰ de qué ocurriría en los casos en que la voluntad del testador no fuese ajustada a Derecho, toda vez que esta materia sí viene regulada para el caso de los legatarios (arts. 859, 861, 862 y 863 del C.c.), pero no para los herederos.

d) Nulidad en cuanto a la causa.

La causa, entendida como la razón que lleva a hacer algo, más allá de discusiones doctrinales, también es recogida por nuestro ordenamiento como un elemento esencial de los negocios jurídicos y, por ende, del testamento, al entender como de aplicación al resto de negocios jurídicos lo recogido en nuestro Código civil para los contratos en el artículo 1.261.

En el caso del testamento, la causa esencial no puede ser otra que la voluntad de disponer “*post mortem*” de los bienes y derechos del otorgante, lo que no evita que junto a la misma puedan concurrir otras causas para concretas disposiciones. A modo de ejemplo, cabe decir que no puede ser la misma causa la de una disposición meramente patrimonial que la del reconocimiento de un hijo. Esta posibilidad de existencia de disparidad de causas⁵²¹ dentro de un mismo testamento es la que abre

⁵¹⁹ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 151 y ss.

⁵²⁰ Controversia que ya apunta CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 152.

⁵²¹ Sobre la pluralidad de la causa se pronunció ya el Tribunal Supremo en STS de 3 de Octubre de 1.979 y más recientemente lo recoge en la STS de 9 de Octubre de 2.003.

la posibilidad de la nulidad parcial en cuanto a la causa en los negocios “*mortis causa*”.

En contra de lo que recogen los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil en el ámbito contractual relativo a la aplicación genérica de la nulidad cuando la causa sea contraria a derecho, en el caso de los testamentos el artículo 767, párrafo segundo, del mismo cuerpo normativo, establece que cuando la causa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario sea contraria a derecho ésta no producirá la nulidad en ninguno de sus grados, total o parcial, sino que se tendrá por no puesta. La aplicación de esta solución en lo relativo a los legatarios y herederos ha provocado controversias⁵²², que no se plantean en cuanto al resto de cláusulas que podemos encontrarnos en un testamento, las cuales se regirán por las normas generales de los negocios jurídicos en cuanto a vicios en la causa.

Al partir de la actual regulación del Código civil, que contempla la causa como elemento esencial no ya de los contratos, sino de las obligaciones en general⁵²³, debemos entender que dentro del testamento también es posible la nulidad de alguna de sus cláusulas por falta de causa o por la ilicitud de la misma, ya sea por ir contra la ley o la moral⁵²⁴.

En cualquier caso, no se puede confundir la ausencia de causa con el hecho de

⁵²² Controversia que ya apuntaba CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 152. Allí, además, recoge la postura, entre otros, de: DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 196) que justifica esta peculiaridad por el principio del “*favor testameti*”, por la importancia de la solemnidad en el testamento y por el supuesto carácter abstracto de la voluntad dispositiva del testador; PUIG PEÑA (ob. cit., pág. 124) lo basa en la preponderancia del aforismo romano de la “*falsa demonstratio*”, al aplicar a estas situaciones el tratamiento propio de las condiciones imposibles; o MORENO QUESADA, B. (*Las Disposiciones Testamentarias con Causa Ilícita*, en ADC, 1.967) que establece que en las disposiciones gratuitas la causa nunca puede ser ilícita, por residir la causa en la propia intención liberal.

⁵²³ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 152. Donde recoge las posturas de, entre otros: ALBADALEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 269; Díez-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, págs. 173 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de...*, T. II, vol. 2º, Editorial Dykinson, Barcelona, 1.987, págs. 150 y ss.; y SANCHEZ REBULLIDA, F., *Notas Sobre la Causa de la Obligación en el Código Civil*, en RGLJ, 1.971, págs. 663 y ss.

⁵²⁴ Tal y como lo recoge en sede contractual el artículo 1.275 del Código civil, que puede ser perfectamente aplicable por analogía a los testamentos, y cuyo tenor literal recoge: “*Los contratos in causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*”

que ésta no sea expresada en el propio testamento, como bien recoge el Código civil en el ámbito contractual (art. 1.277 del C.c.), donde establece que la causa y su licitud se presumen, salvo prueba en contrario.

e) Nulidad en cuanto a la forma.

En cuanto a la necesidad de una forma concreta para su validez, el testamento, como negocio formal y solemne que es, sí regula expresamente esta materia, sin necesidad, por tanto, de tenernos que remitir a la regulación propia de los contratos, como ocurría en los casos anteriores.

Es así, que la forma es un elemento esencial en el ámbito testamentario⁵²⁵, tal y como lo recoge el artículo 687 del Código civil (los artículos 688, “*a sensu contrario*”, 705 y 715 del Código civil recogen la necesidad de la forma de manera específica para los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados respectivamente), lo que no quiere decir que en nuestro ordenamiento exista una única forma de testar, sino que sólo serán validos aquellos testamentos otorgados bajo una de las diversas

⁵²⁵ Este rigor de la forma ha sido tratado de manera dispar por nuestra jurisprudencia.

En unos casos suavizándolo, a fin de que la voluntad del testador se lleve a cabo, como en las SSTS de 30 de Abril de 1.909 (“*si bien a tenor de lo dispuesto en el art. 687 del CC será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla del buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquel, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión.*”), de 11 de Febrero de 1.929, de 27 de Diciembre de 1.930, de 5 de Octubre de 1.962 o de 16 de Junio de 1.997, y en cuanto al testamento ológrafo caben citarse, a modo de ejemplo las SSTS de 29 de Noviembre de 1.916, de 3 de Abril de 1.944, de 30 de Noviembre de 1.956 o de 4 de Noviembre de 1.961.

En otros casos, por el contrario, acentúa el citado rigor formal a fin de garantizar la realidad del testamento, como en las SSTS de 9 de Marzo de 1.908, de 18 de Noviembre de 1.915, de 1 de Noviembre de 1.927, de 10 de Julio de 1.944, de 4 de Noviembre de 1.947, de 19 de Junio de 1.958, de 24 de Octubre de 1.963, de 28 de Octubre de 1.965, de 10 de Junio de 1.966, de 6 de Febrero de 1.969, de 11 de Noviembre de 1.973, de 17 Mayo de 1.974, de 8 de Marzo de 1.975, de 21 de Junio de 1.986 de 9 de Mayo de 1.990 (“*...resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión mortis causa es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente - Sentencias de 10 de julio de 1944; 27 de septiembre de 1968; 8 de marzo y 8 de diciembre de 1975, etc.*”), de 25 de Junio de 1.990 y de 25 de Abril de 1.991, respecto del testamento ológrafo caben citarse las SSTS de 7 de Junio de 1.923, y de 10 de Febrero de 1.994.

Recogen esta doble postura, recientemente, la SAP de Las Palmas de 26 Julio de 2.000, la SAP de La Coruña de 23 de Abril de 2.008, la SAP de Madrid de 11 Mayo de 2.010, la SAP de Baleares de 9 de Noviembre de 2.010 y la SAP de Burgos de 8 de Febrero de 2.012.

formas reconocidas por nuestro ordenamiento, es decir, que no cabe el testamento a la carta, lo que sí puede hacer el testador es elegir la forma que quiera entre las legalmente reconocidas (excepto las especiales reservadas a situaciones concretas).

En cuanto a los defectos formales, lo normal, es que lleven aparejada la nulidad total del testamento, toda vez que la forma es indivisible, por lo que un testamento no podría ser válido en parte con un vicio de forma que afecte a su conjunto. En cualquier caso, esto no cierra irremediabilmente la puerta a la nulidad parcial por defectos formales, ya que estos podrían darse no en el testamento en sí, sino en alguna disposición concreta de éste, siempre que la parte subsistente tenga la entidad suficiente y cumpla con los requisitos formales propios del tipo de testamento en cuestión. Ejemplos típicos de esta nulidad parcial pueden ser las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que no se encuentren salvadas por la firma del testador en los testamentos ológrafo y cerrado.

f) Infracción de normas imperativas.

Como es evidente, al igual que ocurre en el resto del ordenamiento, como norma general, la voluntad del causante viene limitada por aquellas normas que el ordenamiento ha establecido como imperativas o prohibitivas, tal y como establece el artículo 6.3 de Código civil, donde se regula la eficacia general de las normas jurídicas.

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

De esta manera, en el ámbito testamentario propiamente dicho la nulidad por infracción de normas imperativas o prohibitivas recaerá en todo el testamento o en la parte o partes del negocio sucesorio en las que se haya vulnerado alguno de estos preceptos. En este ámbito son numerosos los casos específicos y propios de vulneración de este tipo de normas que llevan a la nulidad de una cláusula

concreta⁵²⁶, es decir, casos de nulidad parcial, que recoge el Código civil, como por ejemplo en cuanto a: la preterición de legitimarios, la nulidad de los legados, la nulidad de los elementos accidentales (condición, término o plazo, y modo) o la nulidad de la disposición hecha a favor de persona incierta.

II. EL PROCESO INTERPRETATIVO PARA SU DETERMINACIÓN.

A) EL PROCESO INTERPRETATIVO.

Tanto en éste como en otros campos del Derecho una de las funciones principales y típicas de cualquier profesional del mismo es la interpretación.

Podemos entender por interpretación de los negocios jurídicos en general, la actividad que tiene por objeto fijar el sentido y alcance de las declaraciones de voluntad constitutivas del mismo, poner en claro su verdadera significación⁵²⁷. De esta forma, la interpretación en el ámbito testamentario consistirá, como no puede ser de otra manera, en averiguar el sentido de la declaración de voluntad del otorgante, manifestada por medio de su propia declaración de última voluntad.

El proceso interpretativo conduce a una decisión que no puede ser más que definir el sentido propio del objeto de la interpretación, indistintamente de cuál sea este objeto. De esta forma, toda declaración de voluntad necesita de una interpretación que o bien señale la coincidencia entre su sentido aparente y el real, o bien descubra un sentido real distinto del aparente, o bien complemente la expresión que fue insuficientemente desarrollada en su tenor literal o la haga valer frente a situaciones nuevas o imprevistas.

⁵²⁶ Todo ello, siguiendo lo recogido por CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 159 y ss.) y la extensa bibliografía allí citada.

⁵²⁷ Vid. OSSORIO MORALES (que sigue lo dicho por DANZ), ob. cit., pág. 309.

En aras de poder encontrar el verdadero sentido de una declaración, máxime cuando ésta es una declaración unilateral en la que ya es imposible preguntar al causante sobre la misma, como es en el caso que nos ocupa del testamento, es necesario indiciar, por otros medios, la verdadera voluntad del testador. No debe olvidarse, en ningún caso, que del resultado de la interpretación dependerá, en la mayor parte de los casos, las consecuencias jurídicas que se produzcan, lo que otorga de una extraordinaria importancia al proceso interpretativo.

En la fijación de este sentido deben tenerse en cuenta las peculiaridades propias de los testamentos, frente a las de los negocios “*inter vivos*”, pues en ellos se prescinde⁵²⁸, como guía, de los principios de la confianza y de la autorresponsabilidad, de la consideración del común querer de las partes, del sentido objetivo de las expresiones y del equilibrio de intereses. Deben establecerse, de la forma más clara e indubitada posible tanto el hecho objeto de la posible interpretación como la cuestión de Derecho aplicable al citado hecho.

En cuanto al hecho en sí, es necesario precisar aquellas condiciones determinantes del mismo, el sentido de los actos realizados, anteriores coetáneos y posteriores y la intención del declarante en el momento de su realización.

En el ámbito propiamente del Derecho, se deberá proceder a la calificación del hecho dentro de un negocio jurídico concreto, para lo que habrá que atender a sus clases o tipos, lo que determinará la regulación o regulaciones aplicables, y, en

⁵²⁸ Vid. LACRUZ y OTROS, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 209.

También recoge LACRUZ lo dicho a este respecto por SALVADOR CODERCH: “lo interpretado es la declaración de voluntad testamentaria, y no, en manera alguna, la voluntad interna entendida como un puro hecho psicológico. De entender esto último, desaparecería la diferencia entre objeto y medios de la interpretación: la declaración testamentaria sería un medio más, junto con los extrínsecos usados para conocer la voluntad interna”, lo que, según el propio LACRUZ, vulneraría las exigencias legales de forma.

La tradición del respeto de la voluntad del causante trae su causa ya del Derecho romano clásico, en esta línea PAULO (D. 50, 17, 12) “*in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*”, que por medio de Las Partidas llega a nuestro Código civil, que lo recoge en su artículo 675, que regula: “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*”

su caso, se podrá llegar a reconstruir o reformar el negocio a fin de que éste sobreviva. De esta manera lo ha entendido DE CASTRO⁵²⁹, que al establecer los criterios necesarios para una correcta interpretación fija el camino a seguir para la conservación del negocio en cuestión, en los casos en que éste se vea afectado por algún vicio de nulidad, ajustando el mismo de acuerdo con la voluntad de las partes con el fin de que subsista, lo que viene a ser, precisamente, el principio inspirador de la nulidad parcial objeto del presente estudio.

A la vista de lo anterior, podemos ver cómo en el proceso interpretativo quedan recogidas las tres funciones de la interpretación jurídica⁵³⁰: la declarativa, la complementaria y la reconstructiva.

La primera de ellas, la declarativa o interpretación “*stricto sensu*”, es aquella encaminada a desvelar o aclarar la voluntad del testador al realizar sus manifestaciones. En cuanto a la segunda, la complementaria⁵³¹, su función es ir un paso más allá, no sólo interpreta la propia voluntad del declarante, sino que llena

⁵²⁹ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., págs. 73 y ss.

⁵³⁰ El Tribunal Supremo ha dividido reiteradamente la interpretación negocial en dos fases perfectamente diferenciadas: una primera que consiste en fijar los hechos o elementos sobre los que ha de operar la interpretación, con la fijación de la manifestación de voluntad de las personas, persona en nuestro caso, en lo que al Derecho común se refiere, que intervinieron en el acto que se está interpretando; y una segunda integradora de esos hechos con la finalidad perseguida por las partes o parte en su otorgamiento, lo que dará lugar a la determinación de la naturaleza del acto y a su posterior calificación. Así se recoge en las sentencias de 8 de Abril de 1.921, de 11 de Abril de 1.964, de 30 de Abril de 1.964, de 23 de Noviembre de 1.965, de 27 de Octubre de 1.966, de 11 de Febrero de 1.967, de 6 de Febrero de 1.981, de 14 de Junio de 1.981, de 20 de Octubre de 1.981, de 17 de Noviembre de 1.986, de 2 de Abril de 2.002, de 12 de Mayo de 2.003, de 2 de Abril de 2.004, de 10 de Junio de 2.004, de 30 de Septiembre de 2.004, de 11 de Octubre de 2.004, de 27 de Octubre de 2.004, de 28 de Abril de 2.005 y de 21 de Febrero 2.008, entre otras muchas.

Vid. lo dicho por: CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 71 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., *La Interpretación Integradora del Contrato en el Código Civil*, en ADC, 1.987, pág. 496, y *Comentario a la STS de 12 de Noviembre de 1.984*, en CCJC.; y GARCÍA AMIGO, M., *Integración del Negocio Jurídico*, en RDN., 1.980.

El Tribunal Supremo también ha establecido reiteradamente como esta función interpretadora de la verdadera voluntad corresponde a los tribunales de instancia, valgan por todas, las SSTs de 5 Julio de 1.994, de 13 de Julio de 1.994, de 25 de Enero de 1.995, de 4 de Febrero de 1.995, de 10 de Abril de 1.995, de 31 de Enero de 1.997, de 11 de Febrero de 1.997, de 17 de Julio de 1.998, de 26 de Noviembre de 1.999, de 20 de Enero de 2.000, de 20 de febrero de 2.001, de 4 de Junio de 2.001, de 4 de Julio de 2.001, de 1 de Mayo de 2.001.

⁵³¹ Cuando esta función no sea posible, establece DE CASTRO (*El Negocio...*, cit., pág. 73) que la solución debe ser el acudir a la integración de la regla negocial con las normas jurídicas hermenéutico-dispositivas de Derecho supletorio.

aquellas lagunas dejadas por el testador, para lo que deberá acudir a la que se considera pueda ser la voluntad del testador, su voluntad hipotética. Se trata de establecer una presunción sobre lo que una persona normal en ese mismo momento y circunstancias hubiese querido resolver de haberse planteado la cuestión cuya laguna ahora se pretende llenar. La última de las tres, la reestructurativa, tendrá lugar únicamente en aquellos casos en que sea necesario completar o alterar el negocio original para que éste perdure, con respeto, obviamente, de la legalidad vigente, y con el objeto de inducir una voluntad hipotética favorable a dicha alteración o complementación.

Como hemos visto, la interpretación del negocio jurídico, en nuestro caso del testamento, debe intentar reflejar la voluntad real o voluntad verdadera del celebrante⁵³², declarante en nuestro caso, la cual tiene que conocerse a través de la declaración que éste realizó en la creación del negocio jurídico en cuestión, de tal forma que el negocio creado va a ser el medio de comunicación de dicha voluntad interna. El objeto de la interpretación, por tanto, no puede ser otro que el de la intención del testador⁵³³, toda vez que los posibles efectos del negocio que se busquen, sea cual sea éste, dependen de la adaptación de la voluntad individual manifestada a lo regulado por la ley.

En este orden de cosas no puede olvidarse la importancia de la intención real del que declara, que debe ser el objeto de búsqueda en el proceso interpretativo, es decir, que debe recordarse siempre el principio de que hay que tener en cuenta lo

⁵³² En esta línea se pronuncia nuestra jurisprudencia, como por ejemplo en las siguientes SSTs: de 3 de Abril de 1.965, de 12 de Febrero de 1.966, de 23 de Septiembre de 1.971, de 22 de Abril de 1.978, de 9 de Marzo de 1.984, de 1 de Febrero de 1.986, de 5 de Marzo de 1.990, de 3 de Noviembre de 1.990, de 5 de Marzo de 1.991, de 6 de Abril de 1.992, de 16 de Julio 1.998, de 28 de Enero de 2.009 y 21 de Febrero de 2.012.

⁵³³ A esta voluntad se refiere nuestro Código civil en su artículo 1.281 (“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”) al hablar de la “intención de los contratantes”, que al ponerse en relación con el artículo 1.282 y siguientes, debe entenderse por la misma aquella existente en el momento de celebración del negocio, y no podrá referirse a ninguna anterior o posterior a dicho momento.

que se quiere más que lo que se expresa⁵³⁴, salvo que los términos expresados sean suficientemente claros. Este principio también es recogido en el Derecho común con el aforismo *“spectanda est voluntas”*. El Ordenamiento de Alcalá recogía que *“mas que sea valedera obligación o el contrato, que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contrato con él”*⁵³⁵. Éste es el criterio⁵³⁶ que parece inspirar nuestro Código civil, que lo recoge tanto en el artículo 675 como en el artículo 1.281, lo que llevó a que ya en su momento el Tribunal Supremo se pronunciase en el siguiente sentido: *“la misión del intérprete ha de consistir en indagar la verdadera voluntad de los contratantes”*⁵³⁷.

Dichos artículos, en concreto el artículo 1.281, recogen una regla nueva no contemplada en los antecedentes del Código civil⁵³⁸, relativa al sentido literal⁵³⁹ de lo recogido: *“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.”* Parece basarse no en que no se busque la verdadera voluntad cuando los términos están claros, sino en que ésta será coincidente con dichos términos (*“in claris non fit interpretatio”*)⁵⁴⁰. El citado artículo viene a ser completado por el artículo 1.282,

⁵³⁴ D. 50, 16, 219.

⁵³⁵ Título 16, ley única.

⁵³⁶ Vid. DORAL GARCÍA, J. A. (*El Negocio Jurídico Ante la Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 1.994, pág. 122) donde recoge que la interpretación subjetiva o histórica trata de buscar el significado en las expresiones usadas, orientándose en la voluntad del declarante, dándole mayor importancia al espíritu que a la letra.

⁵³⁷ SSTs de 24 de Noviembre de 1.962 y de 20 de Diciembre de 2.005. Y SAP de Vizcaya de 29 de Julio de 2.009.

⁵³⁸ Salvo en el Proyecto de 1.888 (art. 1.294), que la toma del Proyecto de Laurent (art. 1.096), que puede tener su origen más remoto en el fragmento de PAULO: *“Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”* (D. 32, 25, 1), tal y como lo recoge DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 83.

⁵³⁹ La interpretación objetiva, por su parte, además del texto, usa como referencias otros indicios: el comportamiento anterior y el siguiente (*“ex antecetibus et consequentibus fit optima interpretatio”*). Tal y como lo recoge DORAL GARCÍA, ob. cit., pág. 122.

⁵⁴⁰ En cuanto al sentido literal el Tribunal Supremo se ha pronunciado en una doble dirección, al decantarse tanto por el sentido literal, en SSTs de 30 de Marzo de 1.953, de 30 de Enero de 1.957, de 30 de Enero de 1.962, de 4 de Diciembre de 1.963, de 18 de Diciembre de 1.963, de 8 de Febrero de 1.964, de 19 de Enero de 1.965, de 21 de Enero de 1.965, de 30 de Junio de 1.965, de 6 de Abril de 1.992, de 31 de Diciembre de 1.992, 29 de Diciembre de 1.997, de 23 de Enero de 2.001, de 18 de Julio de 2.005, de 19 de Diciembre de 2.006, de 20 de Noviembre de 2.007, de 14 de Octubre de 2.009, de 31 de Mayo de 2.010, de 17 de Junio de 2.010, de 22 de Febrero de 2.011 o de 5 Mayo de 2.011, entre otras, como por la necesidad de acudir a otros datos, pese a la claridad de los términos, en SSTs de 18 de Abril de 1.904, de 8 de abril de 1.931, de 20 de Abril de 1.931, de 20 de Abril de 1.944, de 20 de Enero de 1.964, de 7 de Febrero de 1.964, de 1 de Abril de 1.964, de 20 de Abril de 1.964, de 18 de Diciembre de

también del Código civil: *"Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato."*, lo que nos vuelve a llevar a que pese a la posible claridad de las palabras lo que realmente debe buscarse es la voluntad del declarante⁵⁴¹. Lo afirmado respecto a estos actos puede extenderse incluso a los anteriores a la declaración (SSTS de 8 de Abril de 1.931, de 20 de Febrero de 1.940, de 20 de Abril de 1.944, de 7 de Junio de 1.955, de 16 de Octubre de 1.957, de 7 de Marzo de 1.962, de 1 de Febrero de 1.965, de 27 de Octubre de 1.966, de 26 de Septiembre de 1.968, de 14 de Junio de 1.971, de 30 de Noviembre de 1.978, de 21 de Abril de 1.993, de 3 de Junio de 1.994, de 8 de Mayo de 1.995 entre otras, jurisprudencia que ha sido seguida, más recientemente por las diversas Audiencias provinciales y así, SAP de Córdoba de 8 de Noviembre de 2.002, SAP de Almería de 15 de Noviembre de 2.007, SAP de Barcelona de 12 de Julio de 2.007, SAP de Barcelona de 14 de Marzo de 2.012, SAP de Madrid de 20 de Marzo de 2.012, SAP de Madrid de 28 de Marzo de 2.012, SAP de Pontevedra de 8 de Mayo de 2.012).

Hay que tener en cuenta que el resultado del presente proceso interpretativo no es siempre un resultado idéntico a la verdadera voluntad del declarante, sencillamente nos lleva a una voluntad estimada por el intérprete en la búsqueda de la voluntad jurídica. A ello debe añadirse la posibilidad de que una modificación tanto en los métodos como en los criterios utilizados en la interpretación pueda llegar a cambiar el resultado final de dicho proceso, máxime cuando son varios los posibles receptores, toda vez que la interpretación no se limita a la aplicación de criterios objetivos, sino que en la misma intervienen otros subjetivos⁵⁴², por lo que

1.963, de 28 de Abril de 1.964, de 24 de Junio de 1.964, de 28 de Septiembre de 1.965, de 30 de Abril de 1.966, de 27 de Octubre de 1.966, de 6 de Abril de 1.992, de 24 de Mayo de 2.002, de 21 de Enero de 2.003, de 17 de Junio de 2.010, de 22 de Febrero de 2.011 o de 5 Mayo de 2.011, entre otras.

⁵⁴¹ Así lo dijo GARCÍA GOYENA: "Nadie mejor que los mismos contrayentes pueden manifestar su intención o verdadera voluntad; y la manifestación por los hechos es más elocuente y enérgica que la de la palabra." Tal y como lo recoge DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 84. El reflejo de la intención en los actos posteriores también viene recogida en el fragmento 15 de MARCIANO en el Libro XXXIV, Título V del Digesto, donde se recoge: *"Quaedam sunt, in quibus rebus dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est"*. Y, a modo de ejemplo, también lo recogen las SSTS de 4 de Abril de 2.011 y de 18 de Noviembre de 2.011.

⁵⁴² Vid. MOSCO (*Principi Sulla...*, cit., págs. 31 y ss.), donde establece que la divergencia en las posibles conclusiones entre sujetos distintos es consecuencia lógica del proceso interpretativo descrito, en los que interviene

el resultado de la misma puede ser diferente en función de cada uno de los destinatarios. En cualquier caso, en la práctica, el objetivo de la interpretación no puede ser otro que aquel encaminado a solucionar las posibles controversias surgidas entre las partes, en cuanto al sentido del negocio, a la hora de ejecutar el mismo.

Los métodos de la interpretación pueden ser esencialmente dos: el subjetivo⁵⁴³ o individual, que busca averiguar la realidad de lo querido, y el objetivo, técnico o típico, cuyo fin es determinar la “*voluntad jurídica*”.

DE CASTRO⁵⁴⁴ establece como más ajustado distinguir entre dos tipos de interpretación: la amplia o natural, que entiende la interpretación como medio de deducir la voluntad a través de los signos, no limitando los datos utilizables, toda vez que tiene como finalidad la de lograr el resultado buscado con la máxima probabilidad, y la restrictiva o estrecha, que supone, como su propio nombre indica, limitar⁵⁴⁵ las materias utilizables para la interpretación.

Por su parte LACRUZ⁵⁴⁶ habla de medios intrínsecos y extrínsecos a la hora de

la personalidad y psicología humana, así como de cualquier proceso de comprensión. Esto puede llevar a las divergencias entre un sujeto cualquiera y un juez, entre los propios jueces, o entre el juez y la voluntad real del declarante. A este respecto no regula el Código civil una norma que permita solucionar estas controversias, quedando únicamente el recurso de la buena fe, como sí hace expresamente, por el contrario, el Código civil Italiano (arts. 1.376 “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.*” y 1.375 “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*”), tomando las declaraciones de ambas partes y sometiéndolas en su justa medida al interés de la contraparte.

En cualquier caso, y a nuestro entender, la participación de la subjetividad, especialmente en cuanto a los jueces se refiere, acarrea los consecuentes peligros de inseguridades jurídicas que de las posibles diversas interpretaciones se podrían derivar.

⁵⁴³ Vid. OSSORIO MORALES (ob. cit., págs. 310 y ss.) que destaca el sentido subjetivo tanto en cuanto se trate de negocios jurídicos en general como en concreto en el ámbito testamentario.

⁵⁴⁴ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 77.

⁵⁴⁵ En cuanto a las posibles restricciones hay diversas teorías: declaracionista, que excluye todo aquello que sea extraño a la declaración en sí; la concepción formalista lo reduce a lo expresado de modo solemne; la limitación de los medios probatorios, deja de lado elementos utilizables en la interpretación, como por ejemplo la prueba testifical. En cualquier caso puede decirse que en el Derecho español no se tienen en cuenta dichas restricciones, decantándose por el método amplio.

⁵⁴⁶ Vid. LACRUZ y OTROS, ob. cit., págs. 211 y ss.

interpretar el testamento.

En cuanto a los primeros de ellos, los medios intrínsecos, que son aquellos que suministra el propio testamento, LACRUZ nos comenta que el elemento esencial para conocer la voluntad del testador es el tenor del propio testamento⁵⁴⁷ (“... *al cual hay que atenerse cuando falta razón válida para dudar de su significado*”), en particular, las palabras del testador se han de interpretar conforme a su propio lenguaje⁵⁴⁸. En apoyo de esta teoría recoge LACRUZ⁵⁴⁹ lo dicho por SALVADOR CODERCH relativo a que en el testamento: “*se admite el lenguaje impreciso, vago o ambiguo, o incluso el lenguaje privado, y todo ello es interpretado con medios extratestamentarios, pero lo que no se admite es el lenguaje cifrado o secreto que es decodificado fuera del contexto testamentario y que permitiría alterar la disposición testamentaria fuera del marco formal del testamento. Si no se hace jugar el art. 672 en relación con el 675 quedaría burlado el art. 687 (sería por ejemplo, admisible por el portillo del 773 que el testador usara una expresión caprichosa para designar a su heredero y proveer la clave al margen del testamento). Adicionalmente debe tenerse en cuenta que lo que se interpreta es una reglamentación sustantiva y no una mera norma de remisión: esto último sólo cabe si la disposición remitida es formalmente un*

⁵⁴⁷ Sobre este particular se pronuncia el Tribunal Supremo, entre otras, en SSTS de 3 de Junio de 1.942, que ya entonces decía: “*cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador de atenerse a ese literal contexto*”, de 28 de Junio de 1.947, de 10 de Febrero de 1.986, de 10 de Abril de 1.986, de 5 de Junio de 1.989, de 6 de Abril de 1.992, de 31 de Diciembre de 1.992, 29 de Diciembre de 1.997, de 23 de Enero de 2.001, de 18 de Julio de 2.005, de 19 de Diciembre de 2.006, de 20 de Noviembre de 2.007, de 14 de Octubre de 2.009, de 31 de Mayo de 2.010, de 17 de Junio de 2.010, de 22 de Febrero de 2.011, de 5 Mayo de 2.011. También se ha pronunciado con frecuencia sobre la llamada interpretación sistemática del entero contenido del testamento, como por ejemplo en SSTS de 29 de Octubre de 1.968, de 10 de Febrero de 1.986, de 2 de Septiembre de 1.987, de 29 de Abril de 2.008 o de 22 Junio de 2.010.

⁵⁴⁸ En esta línea se pronunciaba la STS de 6 de Febrero de 1.958 al decir que: “*la interpretación de los negocios jurídicos mortis causa ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante, que es la que da vida al acto en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifiesta en signos o palabras escritas, o simplemente pronunciadas en determinados casos de excepción que, en general, responden a la intención de aquél, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de éste al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud.*”, las SSTS de 10 de Febrero de 1.986, de 18 de Julio de 2.005, de 16 de Noviembre de 2.005, de 31 de Mayo de 2.010, de 17 de Junio de 2.010, de 18 de Julio de 2.005, de 19 de Diciembre de 2.006, de 20 de Noviembre de 2.007, de 14 de Octubre de 2.009 y de 5 Mayo de 2.011.

⁵⁴⁹ Vid. LACRUZ, y OTROS, ob. cit., pág. 213.

testamento (arg. Ex art. 739 Cc., en relación con el 687 Cc.).”

A “*sensu contrario*”, nos expone que cuando de modo evidente se vea que la intención del otorgante es distinta a las palabras empleadas para expresarla podrá apartarse el intérprete del sentido literal⁵⁵⁰, incluso en el caso de que las palabras, en sí, no sean oscuras.

En este sentido puede aplicarse a las disposiciones testamentarias lo establecido en el artículo 1.285 del Código civil para los contratos (*“Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*), que, además, no es el único artículo relativo a la interpretación de los contratos que puede y debe aplicarse a la interpretación de las palabras empleadas por el causante en una declaración “*mortis causa*”, ya que muchas de las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos, recogidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, en concreto, todas aquellas que pretendan hallar la verdadera voluntad del oferente sin que medie la voluntad ni los intereses del destinatario de la declaración, son perfectamente aplicables a los mismos⁵⁵¹.

En cuanto a los segundos, los medios extrínsecos, son aquellos extraños al propio testamento. Lo que no quiere decir, dado el carácter formal del testamento, que el sentido averiguado por estos medios no tenga que tener una expresión,

⁵⁵⁰ En esta línea puede citarse la STS de 19 de Noviembre de 1.964. En relación con esta, la STS de 5 de Marzo de 1.944 aclara lo relativo a la oscuridad o ambigüedad de las palabras de las disposiciones testamentarias, cuando expone: “*que las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal o gramatical de sus palabras, salvo el caso de oscuridad o ambigüedad, de tal modo que sólo en este último supuesto, esto es, el de que haya duda acerca del sentido literal de las palabras utilizadas, ha de penetrarse en cuál haya sido la intención del testador, pudiendo entonces y para esta indagación acudir a los elementos de interpretación lógico y sistemático.*” En los casos en que aún siendo las palabras claras el sentido de las mismas sea discutible el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de utilizar, junto al elemento gramatical, el lógico y el sistemático, tal y como lo recoge en sus sentencias de 23 de Octubre de 1.925, de 5 de Marzo de 1.944, de 6 de Mayo de 1.944, de 6 de Febrero de 1.958, de 3 de Enero de 1.961, de 19 de Noviembre de 1.964, de 29 de Octubre de 1.968, de 5 de Junio de 1.979, de 24 de Marzo de 1.982, de 9 de Octubre de 2.003, de 19 de Diciembre de 2.006 y de 22 de Febrero de 2.011.

⁵⁵¹ Vid. OSSORIO MORALES (ob. cit., pág. 311), sin oponerse de frente a la aplicación de los artículos relativos a la interpretación de los contratos a los testamentos, sí que hace una matización y advierte de la máxima cautela que debe tenerse antes de dicha aplicación. Recoge en el mismo lugar la postura de diversos autores a este respecto, a la que nos remitimos.

cuando menos incompleta, en las cláusulas del testamento en cuestión⁵⁵².

En lo que se refiere a estos medios de prueba, nadie duda de la posibilidad de explicar o aclarar las disposiciones testamentarias con ayuda de los actos del testador tanto coetáneos, como anteriores y posteriores al otorgamiento, aplicando en el ámbito testamentario lo dispuesto en el artículo 1.282 del Código civil, ni, incluso, de la posibilidad de recurrir a los usos del país, tal y como se recoge en el artículo 1.287 del mismo cuerpo legal, ambos dentro del ámbito de los contratos.

SALVADOR CODERCH⁵⁵³ cataloga la prueba extrínseca no como un último recurso, sino como *“un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias.”* JORDANO⁵⁵⁴, por su parte, explica que: *“El carácter formal del testamento no impide el recurso a los llamados medios de prueba extrínsecos, sino que provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria.”* A lo que añade que: *“El art. 675 circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la interpretación testamentaria, como además se desprende del art. 773, que no pone ninguna restricción en cuanto a los medios utilizables para indagar la voluntad real del declarante.”*

La jurisprudencia también acepta, desde hace tiempo, las circunstancias externas a las disposiciones testamentarias como elementos para desentrañar el verdadero significado de éstas, como puede verse en las sentencias del Tribunal

⁵⁵² Como ya lo recogió el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de Julio de 1.940, de 11 de Febrero de 1.943, de 25 de Abril de 1.963, de 5 de Marzo de 1.965, de 31 de Marzo de 1.965, de 3 de Abril de 1.965, de 6 de Abril de 1.965, de 28 de Mayo de 1.965, de 1 de Junio de 1.965, de 29 de Octubre de 1.968, de 15 de Noviembre de 1.972, de 26 de Septiembre de 1.986, de 9 Junio de 1.987, de 2 de Septiembre de 1.987, de 1 de Febrero de 1.988, de 31 de Diciembre de 1.992 o de 21 de Enero de 2.003. Y recientemente lo han recogido la SAP de La Coruña de 3 de Noviembre de 2.009, la SAP de Vizcaya de 8 de Junio de 2.010 y la SAP de Baleares de 4 de Mayo de 2.012.

⁵⁵³ Vid. SALVADOR CODERCH, *Comentario a la Sentencia de 26 de Marzo de 1.983*, Editorial Civitas, Madrid, 1.985, pág. 289.

⁵⁵⁴ Vid. JORDANO BAREA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1.º-A, Editorial Edersa, Madrid, 1.991, págs. 206 a 283.

Supremo de 8 de Julio de 1.940 y de 6 de Noviembre de 1.962⁵⁵⁵.

Una vez realizada la interpretación el resultado de la misma puede ser⁵⁵⁶:
a) literal, cuando el sentido que se atribuye es reflejo de la forma común de entender las palabras; b) restrictivo, cuando de la interpretación se resuelve tener que limitar los derechos y deberes de las partes; c) extensivo, cuando la eficacia de lo interpretado alcanza a supuestos inicialmente no contemplados.

En caso de que sea del todo imposible la interpretación del negocio o éste no pueda cumplir sus funciones podemos hablar de la interpretación derogatoria⁵⁵⁷, que es aquella que lleva a la declaración de ineficacia total del negocio, la cual entendemos que puede ser también total o parcial.

A la luz de lo analizado, es manifiesta la íntima relación existente entre el proceso interpretativo y la problemática de la nulidad parcial estudiada en este trabajo. Las bases establecidas en el artículo 1.289 del Código civil, relativas a la existencia de la posibilidad de alcanzar el objetivo buscado inicialmente por sólo una parte del negocio original o si, por el contrario, esta posibilidad no existe es el problema de fondo⁵⁵⁸ de la nulidad parcial. Debe hacerse constar que el hecho de

⁵⁵⁵ En esta misma línea podemos encontrar las SSTs de 8 de Marzo de 1.940, de 3 de Junio de 1.942, de 9 Octubre de 1.943, de 5 de Marzo de 1.944, de 1 de Junio de 1.946, de 6 de Diciembre de 1.952, de 8 de Mayo de 1.979, de 6 de Febrero de 1.958, de 5 de Junio de 1.979, de 18 de Junio de 1.979, de 26 de Marzo de 1.983, de 29 de Febrero de 1.984, de 29 de Enero de 1.985, de 10 de Febrero de 1.986, de 2 de Noviembre de 1.987, de 17 de Junio de 1.988, de 5 de Junio de 1.989, de 2 de Diciembre de 1.991, de 10 de Febrero de 1.994, de 6 de Octubre de 1.994, de 30 de Enero de 1.997, de 21 de Enero de 2.003, de 24 de Mayo de 2.005 y de 19 de Diciembre de 2.006. Y recientemente recogen esta línea jurisprudencial la SAP de Castellón de 2 de Marzo de 2.010 o la SAP de Granada de 9 de Abril de 2.010.

⁵⁵⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del...*, T. I, cit., pág. 270.

⁵⁵⁷ Tal y como viene recogida en el artículo 1.289 del Código civil, que establece las pautas a seguir en caso de que fuese imposible interpretar una parte o todo el contrato por los medios reseñados anteriormente, estableciendo que si la duda recae sobre la esencia del negocio, el objeto del mismo, el contrato devendrá nulo (*“Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”*). Nulidad que deviene de ir contra la obligación de las partes de realizar el contrato en términos claros, establecida en el artículo 1.281 del Código civil, antes reseñado. En este sentido podemos ver, entre otras, las SSTs de 17 de Junio de 1.970 y de 1 de Marzo de 1.984 y recientemente lo ha recogido la SAP Valencia de 22 de Septiembre de 2.008.

⁵⁵⁸ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 75. Y la bibliografía allí citada.

este origen o base común⁵⁵⁹ no nos va a llevar inevitablemente a que las conclusiones en uno y otro caso sean las mismas, aunque sí nos puede ayudar en la búsqueda de las soluciones propias aplicables a la nulidad parcial, del testamento en nuestro caso.

En el caso de la nulidad parcial, ante el planteamiento de criterios dispares entre las partes, es necesario acudir, de nuevo, a las normas hermenéuticas, en virtud del reiteradamente citado artículo 1.289 del Código civil, al resaltar el objetivo realmente perseguido por las partes. La ausencia de una regulación normativa extensa conlleva la necesidad de que se acuda, precisamente, a las reglas interpretativas a la hora de determinar este fin, con la tendencia, como hemos visto, a mantener el negocio siempre que el objeto práctico perseguido en origen siga siendo obtenible con la parte persistente del mismo.

La doctrina viene a fijar las normas interpretativas como la base o presupuesto de partida de la nulidad parcial. Solución esta que no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino que en aquellos en que sí tienen normas relativas a la nulidad parcial también se ven obligados a recurrir a este recurso de las reglas hermenéuticas de una forma u otra. Esto lleva a que la *nulidad parcial dependa en parte de la posible interpretación que se pueda hacer del negocio en cuestión*, con las consecuencias y problemas que la parcialidad del intérprete pueda ocasionar, y, en parte también, de sacar la figura de la nulidad del ámbito de la invalidez negocial que le es propio, llevándola al exegético. Esta teoría cíclica tiene su origen en la doctrina italiana⁵⁶⁰.

En relación con lo anterior, hay una parte de la doctrina que intenta ir un paso

⁵⁵⁹ Vid., entre otros, RUIZ MUÑOZ, *La Nulidad Parcial del Contrato...*, cit., pág. 110; y LACRUZ, *Elementos de...*, T. II, vol. 2º, pág. 289.

⁵⁶⁰ Vid., entre otros, BIANCA, M., *Diritto Civile*, T. III, Editorial Giuffrè, Milán, 1.987, pág. 616. Donde establece que para poder juzgar si una cláusula es esencial o no para el negocio en el que se encuentra es necesario tener en cuenta el negocio íntegramente, para lo que hay que llevar a cabo una labor interpretativa, encaminada a alcanzar un conocimiento que de inicio no se tiene, y todo ello por medio de las declaraciones de voluntad plasmadas en el negocio.

más allá, justificando la aceptación de la teoría de la nulidad parcial no sólo en la existencia de normas que, de una manera u otra, tratan la materia en nuestro ordenamiento, sino basándola en la relación existente entre los artículos 6.3 y 1.255 del Código civil con los relativos a la interpretación de los contratos⁵⁶¹ (arts. 1.281 a 1.289 del C.c.), al entender que dentro de las funciones propias de la interpretación nos encontramos con la reconstrucción, complemento o reforma de la regla negocial (tal y como se desprende del artículo 1.258 del Código civil). De esta manera, entre otros RUIZ MUÑOZ⁵⁶², considera éste como el punto de partida, y establece como necesario encontrar normas que den cabida a la nulidad parcial en toda su amplitud y que no se limiten a dar criterios orientativos sobre la misma, fin para el que propone la utilización de las normas hermenéuticas del Derecho civil.

El Tribunal Supremo, ya desde antaño (en sentencias como las de 8 de Abril de 1.921, de 11 de Abril de 1.964 o de 23 de Noviembre de 1.965), estableció dos etapas en el proceso de nuestro análisis. En primer lugar trata de establecer los fundamentos de hecho y fija lo dicho por los intervinientes en el negocio (forma, contenido, etc.), para, en segundo lugar, adecuarlos con la finalidad perseguida en el otorgamiento del negocio en cuestión.

Aunque en la práctica no se aprecie la diferenciación, para que el razonamiento jurídico⁵⁶³ como proceso lógico tenga sentido, la interpretación, así concebida, hay que calificarla como una fase intermedia entre el juicio de validez del negocio interpretado y el de su posible ineficacia.

⁵⁶¹ En referencia a la interpretación, aún cuando no son verdaderas reglas de interpretación, no debemos dejar de lado las presunciones que de forma abundante recoge nuestro ordenamiento, así, por ejemplo los artículos 1.262 y 1.277 (en cuanto a la existencia de requisitos), 346 y 1.180 (en cuanto al sentido de una declaración), y en materia de sucesiones los artículos 668, 772 y 780 entre otros, todos ellos del Código civil, a este respecto vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 76.

⁵⁶² Vid. RUIZ MUÑOZ, *La Nulidad Parcial del Contrato...*, cit., págs. 105 y ss.

⁵⁶³ LACRUZ establece que “interpretar un negocio es declarar cual sea la virtualidad de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes”. Por su parte, CASTÁN entiende por interpretación: “la indagación del significado efectivo y del alcance del negocio”. Todo ello tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 77.

Lo mismo ocurre con los propios elementos integrantes de la actividad interpretativa propiamente dicha, que aunque se distinguen, de forma general, entre gramatical, lógico y sistemático, no pueden usarse aisladamente, al formar parte todos del mismo proceso y ser necesario su uso en conjunto por el intérprete para el buen fin del proceso interpretativo.

En cualquier caso, no puede pensarse que los criterios usados en los diversos procesos interpretativos vayan a ser siempre los mismos, por cuanto deberán adaptarse en función del posible objeto de dicho proceso. A esto debe añadirse que cada objeto es susceptible de diversas interpretaciones, que dependen de a lo que afecte y el punto de vista desde el que se afronte. Todo ello afecta directamente al resultado de la interpretación, mediante el principio del “*canon de la adecuación del entendimiento*” (que hace que el intérprete deba adecuarse al criterio inspirador del negocio para poder reconstruir adecuadamente el mismo) y mediante los medios elegidos para la interpretación.

El Código civil recoge reglas más o menos detalladas en cuanto a la interpretación de los contratos (los citados arts. 1.281 a 1.289), mientras recoge un único artículo en el caso de los testamentos (el art. 675), dejando totalmente huérfanos al resto de los negocios jurídicos. Esta carencia, o casi ausencia, de regulación ha llevado a la doctrina⁵⁶⁴ a desarrollar las reglas propias de la interpretación de los negocios, utilizando como base la dogmática del negocio jurídico, para lo que hay que atender a la naturaleza de cada negocio y en el caso de que ésta no se oponga será posible utilizar lo dispuesto para el contrato en cuanto a interpretación, lo mismo parece que puede aplicarse a los testamentos⁵⁶⁵.

En lo que a los testamentos propiamente se refiere, nos encontramos con que

⁵⁶⁴ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 82.

⁵⁶⁵ El Tribunal Supremo, ya desde antaño, viene haciendo extensible la aplicación de estas normas a los testamentos, así, por todas, ver SSTs de 31 de Enero de 1.896, de 9 de Octubre de 1.943, de 30 de Octubre de 1.944, de 4 de Marzo de 1.952, de 4 de Noviembre de 1.961, de 25 de Abril de 1.963, de 6 de Abril de 1.965, de 9 de Diciembre de 1.965, de 30 de Abril de 1.966, de 23 de Junio de 1.998, de 29 de Abril de 2.008 y de 27 de Mayo de 2.010.

su interpretación ofrece particularidades propias de su naturaleza jurídica, lo que, según DE CASTRO⁵⁶⁶ lleva a que no se apliquen en la interpretación de los mismos los principios de responsabilidad negocial⁵⁶⁷ y de buena fe, que impone la interpretación objetiva del negocio. Así, dentro de este ámbito de la interpretación, el artículo 675 del Código civil establece el principio básico que debe regir la misma, y que no es otro que:

“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.”

En el desarrollo de la regulación del testamento parece que nos encontramos con dos principios que puede parecer que nos lleven a soluciones contradictorias entre sí. Por un lado, el testamento es concebido como poder del testador para regular o fijar, dentro de los límites legalmente establecidos, y en función de los diferentes ordenamientos, su sucesión, como se desprende de su propia definición, recogida en el artículo 667 del Código civil⁵⁶⁸, incluso se ha llegado a calificar de *“mentis nostrae”*⁵⁶⁹ y de *“voluntatis nostrae”*⁵⁷⁰, mientras que, por el otro, no puede olvidarse que se trata de un negocio solemne (*“solemniter factum”*), por lo que será nulo todo aquel testamento en que no se hayan observado las solemnidades expresamente fijadas en la ley, tal y como lo recoge el artículo 687 del Código civil. Esta, en principio, contradicción ha quedado armonizada con el citado artículo 675 cuando recoge: *“En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la*

⁵⁶⁶ Vid. DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 85.

⁵⁶⁷ Ver las ya citadas SSTs de 3 de Abril de 1.965, de 12 de Febrero de 1.966 y de 9 de Octubre de 2.003. Y así lo recogen también la SAP de Las Palmas de 8 de Junio de 2.006 o la SAP de Madrid de 12 de Junio de 2.009.

⁵⁶⁸ Artículo 667: *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.”*

⁵⁶⁹ ULPiano, 20.1.

⁵⁷⁰ D. 28, 1, 1.

intención del testador según el tenor del mismo testamento.” Queda, en cualquier caso, clara la preferencia por la voluntad real del testador antes que por el tenor literal del propio testamento.

Todo lo expuesto nos lleva a que, a la hora de interpretar el testamento, dicha labor deba limitarse a las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias entre sí, buscándose dar cumplimiento a lo realmente querido por el testador⁵⁷¹. Este proceso debe basarse en lo recogido en el propio testamento⁵⁷², aunque no sea literalmente. Con este fin caben tanto la interpretación lógica como la sistemática, lo que no excluye que en caso de imposibilidad de determinación por estos medios, pueda acudir a otros medios o indicios extrínsecos que ayuden a esclarecer el testamento y la intención original⁵⁷³ del testador en su otorgamiento.

Esta puerta parece abrirla el propio Código civil, toda vez que al fijar la eficacia de lo dispuesto en algunas cláusulas del testamento atiende a hechos que no se encuentran en el mismo testamento (por todos ellos ver los arts. 757, 767, 773, 790 y 858). Dicho proceso interpretativo, por tanto, debe ser individualizado,

⁵⁷¹ A este respecto pueden consultarse, entre otras, las RRDGRN de 18 de Diciembre de 1.951, de 18 de Abril de 1.956, de 2 de Junio de 1.956, de 10 de Enero de 1.974, de 27 de Diciembre de 1.982, de 1 de Diciembre de 1.984 y de 26 de Noviembre de 1.998.

⁵⁷² Vid. BETTI, *Teoría General...*, cit., págs. 307 y ss.

En cuanto al Tribunal Supremo, parece decantarse también por estas limitaciones a la hora de la interpretación del testamento, al establecer que el carácter formal del mismo requiere que no se salga del texto del testamento (SSTS de 9 de Julio de 1.955, de 11 de Abril de 1.958, de 25 de Abril de 1.963, de 26 de Septiembre de 1.986, de 5 de Marzo de 1.991 y de 18 de Junio de 1.994). Al tratarse de una declaración de voluntad no recepticia se ha de considerar decisiva la voluntad real del declarante, pero siempre que dicha voluntad haya tenido reflejo de alguna manera en el propio texto del testamento, pues aunque se permite acudir a medios externos al testamento para averiguar la verdadera voluntad del declarante, el carácter solemne del testamento requiere que el sentido o voluntad averiguado tenga una expresión, aunque sea incompleta en el *citado negocio “mortis causa”* (STS de 8 de Julio de 1.940). A este respecto también se pueden ver las SSTS de 3 de Junio de 1.942, de 1 de Junio de 1.946, de 3 de Junio de 1.947, de 2 de Febrero de 1.950, de 2 de Junio de 1.952, de 6 de Diciembre de 1.952, de 3 de Julio de 1.957, de 6 de Febrero de 1.958, de 4 de Noviembre de 1.961, de 25 de Abril de 1.963, de 3 de Abril de 1.965, de 5 de Octubre de 1.970, de 9 de Marzo de 1.984, de 29 de Enero de 1.985, de 10 de Febrero de 1.986, de 2 de Noviembre de 1.987, de 17 de Junio de 1.988, de 2 de Diciembre de 1.991, de 10 de Febrero de 1.994, de 6 de Octubre de 1.994, de 30 de Enero de 1.997, de 21 de Enero de 2.003, de 24 de Mayo de 2.005 y de 19 de Diciembre de 2.006. Y recientemente recogen esta línea jurisprudencial la SAP de Castellón de 2 de Marzo de 2.010 y la SAP de Granada de 9 de Abril de 2.010.

⁵⁷³ A este respecto vid.: CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *La Interpretación del Testamento en el Derecho Común*, en RDP, LVII., 1.973, pág. 282; GARCÍA AMIGO, M., *Interpretación del Testamento*, en RDP, 1.969, pág. 931; o DORAL GARCÍA, ob. cit., pág. 135.

debiéndose buscar el significado de las expresiones recogidas en el testamento más conformes con el modo de ver las cosas del disponente, basándose en su cultura, en sus actos, en sus hábitos⁵⁷⁴ y en las circunstancias concretas de cada caso.

Actualmente, podemos decir que la exigencia de la forma⁵⁷⁵ tiene su razón de ser en que quede realmente determinada la voluntad del testador en el momento del fallecimiento y en servir de instrumento negocial que al poder afectar a las personas con intereses necesita de una especial firmeza y seguridad. No podemos olvidarnos de que en todo este proceso debe prevalecer siempre el principio de “*favor testamenti*”, tal y como lo recoge la STS de 2 de Septiembre de 1.987.

Pese a la inexistencia de una regulación completa, podemos intentar deducir algunos de los criterios interpretativos propios del ámbito testamentario, basados en la lógica del sistema⁵⁷⁶. Podemos establecer como criterio límite aquel derivado de la incompatibilidad (que usa la ley a la hora de regular la revocación en el artículo 739 del Código civil) y el de la incertidumbre absoluta que haga imposible una determinación de la persona o del objeto (art. 750 del C.c.). Como regla general, puede decirse, también, que se prefiere, en el caso de disposiciones ambiguas, aquel sentido que en base a la experiencia y que tenga en cuenta las opiniones personales del testador se adecue mejor al pensamiento de una persona diligente que se hubiese encontrado en dichas circunstancias a la hora de disponer, a salvo del

⁵⁷⁴ D. 34, 2, 33, cfr. con D. 45, 1, 110, 1.

⁵⁷⁵ Vid. LACRUZ y OTROS (ob. cit., págs. 210 y ss.) donde establecen los límites a la investigación de la voluntad, como límites a la aplicación de las reglas de la hermenéutica, las reglas de forma, que exigen para el reconocimiento de la voluntad “*mortis causa*” que ésta se contenga en alguno de los modelos de testamento legalmente establecidos. En aplicación del propio artículo 675 del Código civil, al referirse éste a la intención del testador, en caso de duda, pero según el propio testamento. Lo que no evita que, una vez reconstruido el mandato del testador en cuanto a sus elementos esenciales, el intérprete pueda completar lo que esté incompleto o completar lo que en él esté dudoso, incluso en el caso de que el propio testador no tuviese intención alguna al respecto, dada la imposibilidad práctica de que el testador haya previsto todas las posibles contingencias que se vayan a dar en el futuro. En esta línea también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 18 de Julio de 1.991, que viene a decir que el intérprete en ningún caso puede crear una disposición nueva si ésta no fue formulada por el testador, aunque hubiese sido voluntad de éste formularla. En esta línea también se puede entender lo recogido en las SSTs de 9 de Junio de 1.962, de 23 de Septiembre de 1.971, de 18 de Julio de 1.991, de 18 de Julio de 1.998, de 23 de Febrero de 2.002, de 22 de Junio de 2.010, de 9 de Junio de 2.011.

⁵⁷⁶ Vid. BETTI, *Teoría General...*, cit., pág. 310.

criterio de “*favor debitoris*” para los legados con que el heredero haya sido gravado.

Es numerosa la jurisprudencia⁵⁷⁷ que establece que la interpretación del testamento es incumbencia de los tribunales de instancia, debiendo prevalecer su criterio en casación, salvo error manifiesto, y así la decisión del tribunal “*a quo*” sólo puede ser corregida cuando se trata de un error patente, contrario de modo expreso y evidente a la voluntad del testador.

B) EL PRINCIPIO “*UTILE PER INUTILE NON VITIATUR*”.

En el Derecho romano no encontramos el principio “*utile per inutile non vitiatur*” expresamente recogido como “*regula iuris*”, aunque no hay duda de que en el mismo existió como regla latente, que, frente a los principios dogmáticos, puede catalogarse como principio útil con una clara función, que no es otra que la conservación de todo lo que fuera útil.

El origen del mismo lo podemos encontrar en diversos textos romanos⁵⁷⁸. Así, en cuanto a las obligaciones ULPIANO (D.45.1.1.5 “*De Verborum Obligationibus*” y D.45.1.29) en las Leyes “*Sed si Mihi*”, “*Scire Debemus*”, “*Qui Sortem. De Verborum Obligationibus*” y “*L. Generaliter*”. En el ámbito contractual destacan la “*L. Generaliter Tenendum. De Donat. Inter vir et Uxor*” tal y como lo recoge ULPIANO (D.24.1.5.2), la “*L. Sancimus*” (C.8.54.34), la “*L. Graece. De Fideiussor*” (D.46.1.8.7), la “*L. De Transactionibus*” (C.2.4.42) y la “*L. Placuit. De Usuris*” (D.22.1.29). Y en el ámbito propiamente testamentario podemos destacar “*L. Gallo Aquilio*” (D.28.2.29,1 y 2; 6 y 15) y la “*L. Si Vero*” (C.6.28. “*Authent*”), en las que se parte de la idea de que los testamentos pueden recoger cláusulas diversas y del hecho de que si alguna de ellas

⁵⁷⁷ Ver, entre otras, las SSTs de 31 de Mayo de 1.965, de 8 de Junio de 1.982, de 29 de Febrero de 1.984, de 29 de Enero de 1.985, de 18 de Abril de 1.985, de 1 de Julio de 1.985, de 17 de Junio 1.988, de 30 de Noviembre de 1.990, de 14 de Mayo de 1.996, de 30 de Enero de 1.997, de 21 de Enero de 2.003, de 18 de Julio de 2.005, de 22 Junio de 2.010, de 9 de Junio de 2.011; lo que ha reiterado recientemente la SAP de Madrid de 12 de Enero de 2.012.

⁵⁷⁸ Vid. MARÍN PADILLA, ob. cit., pág. 49. En contra del origen de la figura de la nulidad parcial en el Derecho romano se pronuncia BETTI (*Diritto Romano*, cit., pág. 333) que expone que el desarrollo de esta figura se produjo en el Derecho común, y que el principio “*utile per inutile non vitiatur*” no tiene ninguna fuente romana sino alguna “*adentellato*” insignificante.

fuese nula las demás permanecerían válidas.

En este último ámbito, el testamentario, se puede afirmar que el uso en la práctica de la nulidad parcial es un hecho aceptado ya desde la primera fase del periodo clásico⁵⁷⁹. De hecho, en esta fase ya existía la posibilidad de que el testamento se anulara parcialmente⁵⁸⁰, figura esta que fue adquiriendo mayor aplicación práctica en la medida en que el rigor de la figura de la institución de heredero fue perdiendo su carácter de fundamento del testamento, hasta que en la época de Justiniano ya se consideró la institución de heredero como una disposición como las demás, en cuanto a la declaración de nulidad parcial se refiere. Todo ello tuvo lugar durante un lento proceso⁵⁸¹ de adaptación iniciado por la introducción de especiales excepciones introducidas por la legislación y la jurisprudencia.

De esta forma podemos decir que este principio, cuyo primer tratamiento sistemático, que no concepción abstracta, fue hecha por ULPiano, tiene su origen en el Derecho romano, en el cual se podía considerar la nulidad total la regla y la nulidad parcial la excepción (ULPIANO: “*Ls. Generaliter Novimus*” (D.45.1.26) y “*Generaliter Tenendum Est*” (D.24.1.5,2)).

En la Edad Media el estudio de la nulidad parcial dentro del ámbito testamentario se realizaba por medio del principio “*utile per inutile non vitiatur*”. Principio que no limitaba sus efectos al ámbito del Derecho civil, sino que también

⁵⁷⁹ Vid. CRISCUOLI (*La Nullità Parziale...*, cit., págs. 34 y ss.) donde recoge que bastaría referirse a la noción de “*heredis institutio*” entorno a la cual surge y se desarrolla, precisamente, la figura de la nulidad parcial testamentaria.

⁵⁸⁰ Vid. WINDSCHEID, B., *Diritto Delle Pandette*, T. III, traducción de FADDA y BENZA, Unione tipografico-editrice, Torino, 1.925, pág. 128. En estos casos, si la institución de heredero era nula esto afectaba a todo el testamento que se anulaba en su conjunto, pero si la nulidad afectaba a una cláusula, a un legado o a una manumisión ésta no afectaba al resto de disposiciones válidas ni a la institución de heredero.

⁵⁸¹ En el Derecho pretorio ya se recoge el principio por el cual aunque se anulase la institución de heredero no supondría la nulidad del resto de lo contenido en él (D.37.4.20,2.Trph. 19 disp.), y también en la “*bonorum possessio contra tabulas*”. y el emperador CONSTANTINO recogió: “no sean nulas las últimas voluntades. porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad, después que ya no puede querer otra cosa, y lícito el arbitrio que no vuelve otra vez.” (C.1.2.1. “*De Sacrosanctis Ecclesiis*”).

se aplicaba dentro del Derecho canónico⁵⁸², y fue muy elaborado por los glosadores y comentaristas de la recepción del Derecho común⁵⁸³. Desde este momento el citado principio, sin dejar de lado su carácter práctico, pasó a formar parte de los principios teóricos o dogmáticos del Derecho, ocupando un lugar dentro de los principios generales del Derecho civil y del Derecho canónico comunes europeos.

El origen de este principio trae su causa en razones de “*aequitas et utilitas commerciorum*” y fue “*introducenda fit a romanis e iuris civile*”⁵⁸⁴. En cualquier caso, no encontramos una elaboración doctrinal y sistematizada del citado principio por los glosadores⁵⁸⁵, que se limitan a concordar las leyes de donde se creó el mencionado principio.

De esta forma, en cuanto a su origen, podemos decir que BARTOLO DE SASSOFERRATO⁵⁸⁶ ya llegó a plantearse cuándo un instrumento es falso en su conjunto y cuándo sólo en una parte. Y así, éste establece casos en que un instrumento es siempre inválido en su conjunto, como en los supuestos de vicios debidos al notario y en aquellos casos en que el defecto en cuestión esté en la substancia “*ut circa diem et consules*”, y casos en que el vicio recae sobre varios capítulos del instrumento y

⁵⁸² Que lo recoge como “*regula iuris*” en el libro 6º de “*Las Decretales. c.37: utile non debet per inutile vitiatur.*”

⁵⁸³ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 46) donde recoge las siguientes opiniones doctrinales: GÓMEZ MARTINHO-FAERNA, A. (*La Nulidad Parcial del Negocio Jurídico*, en EDP, Madrid, 1.962, pág. 344) entiende que el principio de validez parcial, aunque nacido en el Derecho romano, debe su formulación abstracta y general a la glosa por la formulación del brocardo “*utile per inutile non vitiatur*” como base de la doctrina de la nulidad parcial, que aparece resumida en la obra de ACCURSIO, F., (especialmente en su *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*, Venecia, 1.581). De la misma opinión es CRISCUOLI (*La Nullità Parziale...*, cit., pág. 50) quien nos remite específicamente a este autor y obra, concretamente al T. I, pág. 287, col. I; y al T. II, pág. 605, col. II, bajo la rúbrica “*utile per inutile an et quando vitiatur*”.

⁵⁸⁴ Vid. GOTOFREDO, D., *Corpus Iuris Civilis*, T. II, León, 1.652, pág. 1.627.

⁵⁸⁵ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 46. Donde cita a: ACCURSIO, AZÓN, JACOBO DE RÁVENA, CYNO DE PISTOIA, etc. Vid. también a este respecto, para un mayor desarrollo lo dicho por MARÍN PADILLA, ob. cit., págs. 41 y ss.

⁵⁸⁶ Vid. DE SASSOFERRATO, B., al comentar la *L. Si ex Falsi de Transactionibus*, en *Commentaria in Prinmam Codicis Partem*, Lugduni, 1.552, pág. 77.

MARÍN PADILLA (ob. cit., pág. 42) considera que fue quien primero elaboró y comentó magistralmente el principio ahora objeto de estudio y recoge: “*Utile per inutile non vitiatur in actibus dividuis et separabilibus est vulgata regula tradit plene et magistraliter Bartolo.*”

éste no tendría por qué ser inválido en su conjunto, sino que habría que atender a las circunstancias concretas, de tal forma que se viciaría en aquellos casos en que: “*aut in diversis: et tunc si sunt capitula connexa, tunc idem*”; y no lo haría en los que: “*aut sunt capitula separata*”, en cuyo caso se aplicaría el principio “*utile per inutile non vitiatur*”. Siguiendo la tradición del Derecho romano y en aplicación de la glosa⁵⁸⁷ del citado autor, en esta época la norma imperante era la validez y la invalidez era la excepción.

Esta aplicación del principio citado no se limitaba a lo establecido en las leyes de la época, sino que iba mucho más allá, toda vez que los propios interesados, de forma particular, podían decidir que los negocios jurídicos por ellos celebrados valiesen de la mejor forma posible⁵⁸⁸ y así: “*ubi ratione voluntatis utile vitiare per inutile docet ex ratione auctoris*”. Voluntad que no sólo podía extraerse de sus palabras, sino que también podía deducirse de sus actos propios.

En esta línea del reconocimiento y aplicación del principio “*utile per inutile non vitiatur*” también puede citarse la cláusula codicilar o cláusula “*omni meliore modo*”⁵⁸⁹, que se usaba para indicar, por los notarios, en los propios testamentos que si el testamento no fuera válido de una manera lo fuera de alguna de las otras que

⁵⁸⁷ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 47), la glosa de BARTOLO DE SASSOFERRATO fue generalmente aceptada, y así recoge entre otros lo dicho por GOTOFREDO (ob. cit., pág. 1.627), ALCIATO, A. (*Decretum Gratiani Emendatum et Notationonibus Illustratum*, Venecia, 1.615, pág. 711), FULGINEO, F. (*Tractatus de Iure Emphyteutico*, Ginebra, 1.665, págs. 33 y ss.) y PELÁEZ DE MERES, M. (*Tractatus Majoratum et Meliorem Hispaniae*, Lugduni, 1.678, pág. 9).

⁵⁸⁸ Esta práctica, que se recogía de forma frecuente en los negocios jurídicos entre particulares, tal y como lo recoge MARÍN PADILLA (ob. cit., pág. 49) era una forma de conservación de los actos jurídicos que era recogida de forma previa por las partes. ALCIATO (*Commentaria*, T. I, Venecia, 1.560, pág. 86), por su parte, explicaba que la nulidad parcial puede ser fruto de lo recogido en una disposición legal o de la voluntad de las partes.

Como es lógico, esta posibilidad de decidir de las partes implica que también, éstos, pudiesen pronunciarse a favor de la nulidad total en aquellos casos en que una parte del negocio fuese nula.

⁵⁸⁹ CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit. pág. 48), siguiendo a BARTOLO DE SASSOFERRATO, recoge esta cláusula como regla de conservación de todo lo que pueda ser y sea útil, y expresa que con la misma se pueden conseguir los siguientes efectos:

1º) “*Quod constitutio maioratus, quae uno modo valere non potest, debeat valere meliore modo, quo potest.*”
2º) “*Si in scriptura maioratusest illa clausula saluberrima, quod actus valeat omni meliore modo, quo possit.*”
3º) “*Quod per clausulam substitutio, quae in vim vulgaris non valet, valet ut fideicommissaria.*”
4º) “*Et si verba orationis sonent inter vivos, quae tamen ut vivos non potest, sed solum causa mortis.*”

fuese posible.

En cuanto a la aplicación, en esta época, del principio ahora estudiado a los testamentos, toda vez que en la Edad Media se aceptaron y acogieron las directrices establecidas en el Derecho romano, los efectos derivados de la aplicación del principio *“utile per inutile non vitiatur”* no pueden ser otros que la aplicación al testamento de la figura de la nulidad parcial, de tal forma que la parte inválida se verá afecta de dicha nulidad, en todo aquello que exceda de lo permitido por la ley, mientras que el resto del negocio testamentario conservará su validez, en la medida en que esto sea posible.

Debe recordarse, que también en materia testamentaria el que se vicie o no el testamento en su conjunto quedará sujeto a la voluntad de las partes y así: *“ubi ratione voluntatis utile vitiare per inutile docet ex ratione auctoris”*.

Asimismo debe decirse que este principio, *“utile per inutile non vitiatur”*, dio origen a otros principios, como por ejemplo: *“in contractibus, utile per inutile non vitiatur”*, *“in actibus dividuis et separabilis, utile per inutile non vitiatur”* y *“utile vitiatur per inutile in individuis, et in his quae commodam diviosem non recipiunt”*.

Nuestros textos legales anteriores a la codificación⁵⁹⁰ también recogieron del Derecho romano el principio *“utile per inutile non vitiatur”*, aunque sin hacer expresa mención a él.

De esta forma, al igual que en el Derecho romano y en el Derecho común, la aplicación de este principio daba lugar a que lo útil se conservase válido mientras que lo inútil perdiese su valor, ya fuese porque se anulase, se rechazase, se considerara sin valor alguno, se tuviera por no puesto, se redujese en los límites establecidos por la ley o se sustituyese por lo dispuesto en la ley.

⁵⁹⁰ Vid. MARÍN PADILLA (ob. cit., pág. 73) donde recoge diversos supuestos de la aplicación de este principio en dichos textos.

Y así, si bien en España carecemos de una norma que regule expresamente la nulidad parcial como tal es cierto que la misma viene recogida en numerosos artículos del Código civil, tanto en sede contractual, como en sede de obligaciones y en sede del Derecho sucesorio, que son, precisamente, los mismos campos en que tuvo su origen el principio "*utile per inutile non vitiatur*" en el Derecho romano.

De esta forma, la nulidad parcial es un reflejo del principio "*utile per inutile non vitiatur*", que, a su vez, forma parte del principio general de conservación que impera en nuestro ordenamiento jurídico, con aplicaciones más allá del Derecho civil.

En cualquier caso, esto no debe llevarnos a pensar que el citado principio explique por sí sólo la nulidad parcial, ya que, en última instancia que la parte válida se mantenga como tal dependerá de la voluntad de las partes⁵⁹¹.

III. PARENTESCO CON FIGURAS AFINES.

Como ocurre con otras figuras dentro de nuestro ordenamiento, la nulidad parcial tiene semejanzas con diversas figuras que integran la teoría general de la invalidez. Tales semejanzas podrían llevar a una cierta confusión entre las mismas, pese a las diferencias reales existentes entre ellas. Pueden señalarse como figuras afines, entre otras, la anulabilidad parcial o la revocación parcial, al contrario de lo que ocurre con figuras como la caducidad o la conversión del negocio, que no

⁵⁹¹ A favor de encontrar el fundamento de la nulidad parcial en la voluntad de las partes nos podemos encontrar a: SIMLER, ob. cit., págs. 2 y ss., 311, 398 y 470; ROPPO, E., *Nullità Parziale del Contratto e Giudizio di Buona Fede*, en RDC, 1.971, págs. 688 y ss.; MARÍN PADILLA, ob. cit., págs. 103 y ss.; y otros.

GORDILLO CAÑAS (*La Nulidad Parcial del Contrato con Precio Ilegal*, en ADC, 1.975), por su parte, encuentra una doble fundamentación para la nulidad parcial, una basada en la voluntad de las partes y otra en la legalidad. CRISCUOLI (*La Nullità Parziale...*, cit., pág. 103) también entiende que debe existir una doble fundamentación de la nulidad parcial ya que el artículo 1.419 del Código civil italiano regula la nulidad parcial tanto por voluntad de las partes como por la ley; en cambio BOLOGNA (ob. cit., pág. 1.111) establece como fundamentación única para los dos casos la voluntad de las partes, ya que éstas han celebrado el contrato a sabiendas de que la parte nula sería sustituida por lo dispuesto en la ley.

pueden permitirse esa parcialidad en su aplicación, es decir, si el negocio caduca o se convierte, lo hace siempre íntegramente.

1. La revocación parcial. La diferencia entre ambas es evidente y notable, por cuanto ésta reside en la propia voluntad del testador, y es expresada, en el caso de la revocación, por el propio testador, por lo que además ésta debe producirse en vida de éste, mientras que la nulidad parcial viene fundamentada en causas ajenas a la voluntad del testador que hacen que las cláusulas testamentarias pierdan su validez. Pérdida de validez que, en cualquier caso, no se produce hasta después del fallecimiento del testador, momento en que estas cláusulas deberían aplicarse.

2. La anulabilidad parcial. Es otra figura con una cierta afinidad. En este caso habría que partir de la admisibilidad de la anulabilidad en el ámbito testamentario, y luego, en virtud de los principios de autonomía de la voluntad, de economía jurídica y de *“favor negoti”* quedaría abierta la posibilidad de la existencia de la anulabilidad parcial, que también se fundamentaría en la regla *“utile per inutile non vitiatur”*, ya mencionada anteriormente en apartados precedentes.

En este caso la diferencia entre ambas figuras, como es lógico, es la misma que la existente entre nulidad y anulabilidad totales. La nulidad, en cualquiera de sus grados, tiene su razón de ser en que es considerada como la máxima sanción en el ámbito civil, que provoca incluso que se tenga por no producido el acto que es declarado nulo, que carecerá, por tanto de todo tipo de efectos jurídicos. En cuanto a la anulabilidad, es una sanción menos grave⁵⁹², por lo que continuará el negocio o la cláusula con relevancia jurídica, pero permitiéndose a las partes interesadas que ejerciten la correspondiente acción a fin de dejarla sin efecto o que se tenga por no puesta, pero que de no ejercerse permitirá que la citada cláusula, pese al elemento viciado que contenga, siga siendo válida y eficaz formalmente.

⁵⁹² A este respecto vid., entre otros: ALBADALEJO, *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 415 y 425; CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 945; o CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pág. 302.

Como hemos visto en apartados precedentes, nos encontramos también con la diferencia entre quién puede, en su caso, ejercer la acción, y los plazos establecidos para el ejercicio de cada una de ellas. Asimismo, la anulabilidad tiene que ser declarada en sentencia judicial firme, y no puede apreciarse de oficio como la nulidad.

En cuanto a los efectos de una y otra, también debe decirse que no son los mismos, por cuanto en el caso de la nulidad la cláusula en cuestión nunca habrá existido para el ordenamiento jurídico, no puede producir, por tanto, ningún efecto. En cambio, en el caso de la anulación, mientras estuvo en vigor la cláusula ésta pudo llegar a producir efectos irrevocables. También son diferentes, como no podía ser de otra manera, las obligaciones de restitución en ambos casos. Cabe mencionar también que la anulabilidad es subsanable, mientras que la nulidad, salvo excepciones, no lo es.

3. La conversión del negocio jurídico. Ésta y la nulidad parcial, realmente son figuras significativamente distintas en su contenido y consecuencias, con la salvedad de que ambas tienen su razón de ser en los principios tanto de conservación del negocio jurídico, como en el de economía jurídica.

Son figuras distintas por cuanto la conversión afecta al negocio jurídico en su conjunto, a la totalidad del mismo, es decir, que esta figura lo que hace es provocar un negocio enteramente nuevo, al ser íntegramente inválido el negocio anterior, mientras que, como hemos comentado anteriormente, con la nulidad parcial no aparece nada nuevo, sencillamente se mantienen los negocios existentes, pero reducidos a la parte nula o, a lo sumo, cambiados en lo que esa parte nula hubiese afectado al negocio, pero siempre manteniéndose éste. Si bien es cierto, que se ha mantenido⁵⁹³ que en el caso de que con la reducción sufrida el objeto del negocio coincida ahora con el objeto de otro negocio diferente pudiese llegarse a hablar no ya de un caso de nulidad parcial, sino de uno de conversión. Aunque entendemos

⁵⁹³ Vid. MOSCO, *La Conversione...*, cit., pág. 276.

que, al menos en el ámbito testamentario que nos ocupa, ni tan siquiera la supresión legal completa de determinadas cláusulas debe confundirse con la conversión, ya que debería entenderse que no es más que una manifestación de la nulidad parcial legalmente establecida⁵⁹⁴.

Además debe destacarse, que el origen de la conversión suele radicar en la voluntad de las partes, mientras que la nulidad, parcial o total, adolece de esta voluntad, ya que no deja de ser una sanción.

4. La caducidad. Aunque esta figura, en esencia, lleva aparejada la falta de eficacia del testamento en su conjunto y de forma total, así ocurre, por ejemplo, con los testamentos otorgados en campaña (art. 719 del C.c.) o los hechos en alta mar (art. 730 del C.c.), que caducarán a los cuatro meses de haber dejado de estar en campaña o de haber desembarcado en un puerto en el que se pueda testar de forma ordinaria, el Código civil recoge dos supuestos en que la caducidad sólo afecta a una parte del negocio testamentario, de tal forma que se mantendrán en vigor alguno de los efectos queridos por el testador, lo que podría llegar a asimilarse con un caso de nulidad parcial.

Así, el Código civil recoge en su artículo 740 el primero de estos supuestos, cuando nos indica: *“La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos.”* De esta forma, si bien el testamento caducará y no se atenderá a las disposiciones en él recogidas sí queda en vigor una de ellas, la revocación del testamento anterior, a la que no afecta dicha caducidad, de tal forma que, quitada la parte caduca, el testamento valdrá como testamento sencillamente revocatorio.

El otro de los supuestos en que la caducidad puede asemejarse a un caso de

⁵⁹⁴ Vid. DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio Jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.959, pág. 140. Y MOSCO, *La Conversione...*, cit., pág. 278.

nulidad parcial es el recogido en el párrafo primero del artículo 871 del Código civil, que señala: *“Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.”* En este caso la única cláusula que se verá afectada por la caducidad será el legado en cuestión, mientras que el resto de cláusulas permanecerán en vigor.

IV. PRESUPUESTOS.

La nulidad parcial, como figura autónoma que es, requiere para su materialización de la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: a) que se produzca la nulidad o invalidez de una parte de un todo; b) que el todo sea divisible; c) que el negocio jurídico resultante tenga entidad propia y satisfaga de forma suficiente y equilibrada los intereses de las partes; y d) que las partes quieran que se produzca dicha nulidad parcial⁵⁹⁵. Presupuestos estos que no deben ni pueden tenerse en cuenta de forma individualizada y excluyente, sino que todos y cada uno de ellos son capaces de impedir la aplicación de la nulidad parcial de tal forma que todos constituyen una unidad y responden a una realidad: a la técnica jurídica de la conservación de los actos y negocios jurídicos, a pesar de la nulidad de alguna o algunas de sus partes.

- ***Nulidad o invalidez de una parte de un todo.***- Son muchas y variadas las expresiones usadas por la doctrina al referirse a la parte nula de un negocio jurídico, empleando cada autor las suyas con absoluta libertad e imprecisión⁵⁹⁶. En este sentido, quizá sea preferible usar el término parte en contraposición a un todo, de la forma que lo hacen los autores alemanes y que su jurisprudencia define como:

⁵⁹⁵ En este caso, si atendemos al criterio de la doble fundamentación de la nulidad parcial, basado en la voluntad de las partes o en lo dispuesto en las leyes, podríamos establecer también como presupuesto que la aplicación de la nulidad parcial venga establecida o permitida en la ley.

⁵⁹⁶ Vid. MARÍN PADILLA, ob. cit., pág. 106. Donde recoge una abundante bibliografía a este respecto, a la que nos remitimos.

“todas las disposiciones cuya supresión en el acto deja, sin embargo, subsistir algo que pueda constituir el contenido de un acto jurídico autónomo.”

Esta parte nula de un todo puede ser de lo más variada, desde una obligación o cláusula respecto al resto de obligaciones o cláusulas de un negocio jurídico, o incluso una parte de estas respecto a la obligación o cláusula concreta en su conjunto, hasta un negocio jurídico entero respecto a una pluralidad de negocios jurídicos. En el ámbito propiamente testamentario puede referirse a una disposición testamentaria, un legado, una manda, etc., respecto del testamento en que se contengan, o también de una parte de una disposición en concreto respecto al conjunto de la disposición.

- ***Un todo divisible.***- Es evidente que para poder aplicar la nulidad parcial a un negocio, cualquiera que sea su naturaleza, éste debe ser divisible y la nulidad debe afectar a una o varias de sus partes. En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, debemos entender que presume la divisibilidad de los negocios jurídicos por cuanto son numerosos los artículos en los que aplica la nulidad parcial. Hacia esta línea también se decanta nuestra jurisprudencia⁵⁹⁷, que entiende como perfectamente compatible en un negocio jurídico la coexistencia de pactos válidos y pactos nulos y reconoce la existencia de disposiciones, cláusulas, pactos o estipulaciones varias en los negocios jurídicos. Aceptada la posibilidad de división del negocio jurídico en partes, cabe decir que la divisibilidad o indivisibilidad pueden ser tanto objetivas como subjetivas.

En cuanto a la primera de ellas, la divisibilidad objetiva implica no sólo aquella que pueda deducirse de la propia naturaleza del negocio en cuestión sino también de aquella que una vez apartada la parte nula deja un acto o negocio jurídico que responda de forma suficiente y equilibrada a las expectativas e intereses de las partes. Y esto es así porque la parte nula no puede ser un elemento

⁵⁹⁷ Tal y como lo recogen, entre otras, las SSTS de 3 de Diciembre de 1.984, de 20 de Mayo de 1.985, de 20 de Junio de 1.985, de 17 de Octubre de 1. 987, de 22 de Abril de 1.988, de 15 de Febrero de 1.991, de 23 de Junio de 1.992, de 18 de Marzo de 1.998, de 25 de Septiembre de 2.006, de 22 de Diciembre de 2.008 y de 1 de Julio 2.010.

esencial del negocio, por lo que la nulidad, para poder ser parcial, debe recaer, por tanto, sobre elementos accidentales de éste, y porque el vínculo entre la parte nula y el resto del negocio jurídico no es indisoluble, de tal forma que el vicio que afecta a una parte no trasciende al resto del todo.

La indivisibilidad objetiva, por su parte, se dará en aquellos casos en que el negocio jurídico esté configurado como un todo indivisible y unitario, y así la parte nula y el resto del negocio estarán relacionados entre sí de tal forma que carecerán de entidad propia y autónoma por separado⁵⁹⁸.

Por su parte, la indivisibilidad subjetiva deberá ser apreciada por los jueces, como cuestión de hecho que es, para lo que deberán tener en cuenta tanto la divisibilidad objetiva como la subjetiva.

Aunque hay autores⁵⁹⁹ que consideran que la nulidad parcial no es aplicable en cuanto a la causa de los negocios jurídicos o que difícilmente tendrá cabida su aplicación práctica, al considerar que ésta es una y no puede separarse en partes y al entender que ésta es un elemento esencial del negocio y que, por lo tanto, acarrea la nulidad total del mismo, en el ámbito testamentario sí encontramos cabida y aplicación práctica a esta nulidad por la causa, toda vez que dentro de un testamento concreto podemos encontrarnos con cláusulas puramente testamentarias y otras que no lo son, como es el caso del reconocimiento de un hijo, por lo que la nulidad de unas cláusulas por este motivo no tendría por qué afectar a

⁵⁹⁸ A este respecto ya estableció la STS de 29 de Enero de 1.960 que: *“no pudiendo acudir al remedio de la nulidad parcial, cuando la concordancia de los pactos o negocios constituyan la entraña del negocio, que no permita disociar la intervención de las partes, ni concede virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la reciproca.”* En cuanto al ámbito testamentario, la STS de 8 de Mayo de 1.894 decretó la nulidad total de un testamento: *“porque todas las cláusulas testamentarias hasta tal punto están relacionadas, entrelazadas y unidas por el propósito ilegal del testador que no era posible separar esa relación o romper el conjunto sin contradecir u oponerse a la voluntad del causante... que todas y cada una de ellas formaban un conjunto vínculo, tan íntimamente unidas y relacionadas entre sí, que las unas no podían subsistir sin las otras y todas formaban la institución ilegal, cuya ineficacia o insuficiencia declaraba.”*

⁵⁹⁹ Vid., por ejemplo, MARÍN PADILLA, ob. cit., págs. 113 y ss. Aunque ella misma recoge la STS de 3 de Junio de 1.953 que reconoce la posibilidad de existir contratos con objeto múltiple y divisible y que estos pueden ser nulos total o parcialmente en atención a la causa, pese a que la autora no le encuentra aplicación práctica. Donde además recoge numerosa bibliografía sobre la divisibilidad e indivisibilidad, a la que nos remitimos.

las otras estipulaciones.

En cualquier caso, hay que valorar todas estas posibilidades de forma conjunta ya que un negocio jurídico puede ser objetivamente divisible y subjetivamente indivisible⁶⁰⁰.

- ***El negocio jurídico resultante debe tener entidad propia y satisfacer de forma suficiente y equilibrada los intereses de las partes.***- Presupuesto esencial de la nulidad parcial es que el resultado de su aplicación, el negocio resultante, mantenga entidad propia y continúe satisfaciendo los intereses de las partes o parte involucrada, de no ser así, carecería de sentido alguno la aplicación de la nulidad parcial.

El juez deberá apreciar de forma objetiva si el negocio resultante continua teniendo todos los elementos necesarios⁶⁰¹, de ese u otro negocio, como para mantener una existencia autónoma y después si el resultado continua ajustándose a los intereses de los intervinientes de acuerdo con su propósito inicial. Todo ello sin dejar de lado que la nulidad parcial siempre deberá ser justa y satisfacer los intereses de las partes equilibradamente, no se trata de salvar una parte del negocio por salvarla.

- ***Autonomía de la voluntad.***- Tal y como estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de Marzo de 1.975 el factor decisivo para apreciar la invalidez total o parcial “... se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquel y de las exigencias de la buena fe.” De esta forma, la nulidad parcial será la regla salvo que se acredite que el autor del negocio no lo

⁶⁰⁰ Valga por todas lo dicho a este respecto por la STS de 4 de Marzo de 1.975.

⁶⁰¹ Para ello nos expone ROPPO (ob. cit., págs. 87 y ss.) que es esencial el análisis del contenido mínimo del negocio jurídico, cualquiera que sea su forma, dividiendo el mismo en dos partes: el núcleo central y el accesorio, escisión esta que nos llevará a poder distinguir el interés de las partes y su intención, en relación a la prioridad en importancia de las diversas cláusulas.

hubiese querido sin la parte nula⁶⁰².

Para determinar si la voluntad real de las partes es decantarse por la nulidad parcial o la total es necesario ver si de forma expresa o tácita manifestaron dicha voluntad. En cualquier caso, no debe olvidarse que la autonomía de la voluntad no es absoluta, toda vez que viene limitada por las leyes imperativas, los principios generales, la moral y el orden público. De esta forma la autonomía de la voluntad no es sólo lo que el otorgante quiere, sino lo que debe querer, de acuerdo con los dictados de la equidad, la buena fe, etc.

Como hemos dicho la autonomía de la voluntad viene limitada por las normas imperativas. Estas normas imperativas también pueden producir ajustes o adaptaciones en el negocio jurídico, en el testamento en nuestro caso, cuando estos contravienen los límites por ellas establecidos, por ejemplo en cantidad, tiempo, grados o llamamientos hereditarios, lo que no es más que un reflejo de la aplicación imperativa de la nulidad parcial a fin de adecuar el negocio a la legalidad vigente. La aplicación de esta técnica de ajuste o adaptación también requiere de sus propios presupuestos, que son: a) que el acto o negocio contenga una disposición nula por contravenir lo dispuesto en alguna ley imperativa; b) que la infracción cometida, en sí misma, admita el más y el menos, sea divisible y pueda, de esta forma, ajustarse o adaptarse a la legalidad; c) que el negocio realizado sea válido; y d) que el ajuste a la legalidad sea realizado por el juez. Todo ello, para establecer unos límites a la autonomía de la voluntad por razones económicas, sociales, humanitarias, de política legislativa, etc., es decir, por razones de utilidad pública y privada.

Asimismo las normas imperativas pueden llevar a la sustitución de ciertas partes del negocio jurídico que contravengan el ordenamiento jurídico. La aplicación

⁶⁰² En materia testamentaria cabe citar como ya desde antaño el Tribunal Supremo viene aplicando esta doctrina, como ya hiciera en la STS de 12 de Noviembre de 1.964 en la que se establece que la ineficacia de una cláusula concreta de un testamento sólo produce la ineficacia de las restantes *“en el caso que haya que admitir que el testador no hubiera dispuesto éstas sin la cláusula ineficaz”* o *“de acuerdo con la voluntad del testador”* tal y como lo recogiera con anterioridad el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de Mayo de 1.894.

de esta técnica jurídica de la sustitución, para su aplicación, requiere: a) que el acto o negocio jurídico contenga una parte declarada nula, automáticamente, por la ley; b) que la citada parte nula sea sustituida, automáticamente, por lo establecido en la ley.

V. CAUSAS Y EFECTOS DE LA NULIDAD PARCIAL TESTAMENTARIA.

A) ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LOS SUPUESTOS RECOGIDOS DISPERSAMENTE POR EL CÓDIGO CIVIL.

Más allá de las causas generales de nulidad total y parcial que ya hemos visto, de aplicación a todos los negocios jurídicos, vamos a analizar ahora aquellos casos de nulidad parcial propias y específicas de los testamentos, centrándonos en aquellos que consideramos más importantes o que se dan de forma más común en la práctica, toda vez que si bien, como hemos visto, la regulación de la nulidad parcial en materia testamentaria es muy escasa lo cierto es que son numerosos los supuestos en que el propio Código civil hace uso de la aplicación de la nulidad parcial en el ámbito de los testamentos.

- ***Falta de la capacidad necesaria.***- En cuanto a la aplicación de la nulidad parcial, si bien la incapacidad del sucesor es el caso prototípico, no puede olvidarse que también nos podemos encontrar, aunque de forma puntual y excepcional, con casos de nulidad parcial por incapacidad del testador, debido al carácter personalísimo del testamento. De esta forma, el Código civil va a recoger dos posibles grupos de causas de nulidad parcial derivadas de la falta de capacidad: aquellas que atañen al otorgante y aquellas que atañen a alguno de los sucesores.

a. **Falta de capacidad del otorgante.**- Si bien, en principio, como ya hemos analizado, debe deducirse, teniendo en cuenta el carácter personalísimo del testamento, que cuando la falta de capacidad afecte al otorgante esto debería ser una causa de nulidad total, lo cierto es que el Código civil nos presenta algún

supuesto en que ante esta falta de capacidad nos podamos encontrar ante casos de nulidad parcial y no total.

Como hemos dicho, el Código civil en el Capítulo I, del Título III, del Libro III, recoge expresamente el primer supuesto de aplicación de la nulidad parcial dentro del ámbito testamentario, precisamente en cuanto a la incapacidad del otorgante, en concreto, en el artículo 670; el cual hace referencia al carácter personalísimo del testamento y la imposibilidad de dejarse su formación *“en todo ni en parte”* en manos de terceras personas. Causa esta que como bien recoge el Código civil puede serlo tanto de nulidad total como parcial, por lo que dicha ineficacia afectará tan sólo a aquella disposición o disposiciones que no hayan sido realizadas personalmente por el propio testador y nunca a las que sí cumplan dicho requisito.

De esta forma cuando una parte de un testamento sea formada por un tercero distinto al testador y otra por el propio testador, la parte otorgada por el tercero devendrá nula de pleno derecho por incapacidad del otorgante y no así aquella que haya sido otorgada por el capacitado para ello, el testador. Asimismo, si la parte formada por el tercero se refiere tan sólo a una parte dentro de una disposición concreta nos encontraremos ante un caso de nulidad parcial dentro de la citada disposición, que ni se extenderá al resto de la disposición, siempre que ésta pueda seguir produciendo sus efectos de forma independiente, ni, por supuesto al resto del testamento en que se encuentre.

El párrafo segundo del mismo artículo también abre la posibilidad de la aplicación de la nulidad parcial dentro de la propia designación de herederos, al prohibir dejar en manos de terceros las porciones en que hayan de suceder cuando hayan sido designados nominalmente, por lo que en este caso entendemos que será nula, de producirse, la determinación de las porciones hechas por un tercero y la disposición en que se fije que dicha determinación la hará un tercero, pero subsistirá la designación de éstos heredando por partes iguales, tal y como viene recogido en el artículo 765 del mismo cuerpo legal.

b. Incapacidad del sucesor.- En cuanto a la aplicación de la nulidad parcial, por incapacidad, la incapacidad del sucesor, como hemos dicho, es el caso prototípico.

En lo que se refiere a la incapacidad del sucesor, ya hemos avanzado que el Código civil establece que determinadas personas, físicas o jurídicas no están capacitadas para suceder (art. 744 del C.c. *“a sensu contrario”*), ya sea por su relación con el causante o por circunstancias propias del sucesor.

“Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.”

La nulidad de la disposición hecha a favor del incapaz viene recogida en el artículo 755 del Código civil, que establece la nulidad de pleno derecho de aquellas disposiciones hechas a favor de persona incapaz, indistintamente de la forma que se le dé a la misma, nulidad que, en ningún caso debería extenderse al resto del negocio testamentario en que se encuentre, de tal forma que sólo afectará a aquella o aquellas disposiciones hechas a favor del incapaz.

El alcance de esta incapacidad, en cuanto al testamento, puede extenderse a la totalidad del caudal hereditario o quedar limitada a sólo una parte o partes de éste, en función de que la herencia haya sido atribuida de forma íntegra a dichas personas o no, de tal forma que en función de si afecta o no a todos los sucesores nos encontraremos ante supuestos de nulidad total o de nulidad parcial del negocio testamentario.

Tal y como hemos señalado las causas de incapacidad de suceder más destacadas son las denominadas incapacidades relativas o prohibiciones de dejar en testamento y las derivadas de la indignidad.

Las incapacidades relativas, recogidas en los artículos 752 (en cuanto al sacerdote que hubiese confesado al testador durante su última enfermedad, los

parientes de éste hasta el cuarto grado, su iglesia, cabildo, comunidad o instituto), 753 (en cuanto al tutor o curador del testador), y 754⁶⁰³ (en lo que se refiere al notario que autorice el testamento, del cónyuge, parientes o afines de éste hasta el cuarto grado, los testigos del testamento abierto y los testigos o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales), todos ellos del Código civil, por su parte, tienen como fin esencial velar porque en el testamento se recoja la voluntad real del causante, libre de cualquier tipo de posible influencia que estas personas, por su especial cercanía al testador en momentos tan puntuales, puedan ejercer en su propio beneficio, es decir, tienen una finalidad preventiva.

En estos casos, como regla general, cualquier disposición hecha a favor de estas personas será nula de pleno derecho, aunque no afectará al resto de lo dispuesto en el testamento en que se encuentre, de tal forma que la incapacidad de un sucesor es uno de los ámbitos en que tiene un reflejo más claro la figura de la nulidad parcial, entenderlo de otra forma haría que la indignidad o incapacidad de uno de los sucesores llevase a privar al resto, sin culpa ninguna, ni posibilidad de evitarlo, de su derecho a lo recibido en el testamento en cuestión.

No puede dejarse de lado que el propio Código civil intenta mitigar los efectos de algunas de estas incapacidades, y establece límites, en los propios artículos citados, a esta regla general, con la salvedad de las incapacidades recogidas en el artículo 752, que es el único de los supuestos en el que la nulidad de la declaración se produce en todos los casos, no recogándose excepción alguna en el Código que mitigue esta prohibición, como sí se produce, en mayor o menor medida, en el resto de supuestos establecidos en el Código civil.

En lo que a los supuestos recogidos en el artículo 753 se refiere, éste establece una serie de casos en los que las disposiciones hechas a favor del tutor o

⁶⁰³ Como vemos, en este caso, el propio Código civil también mitiga, aunque en menor medida, esta prohibición, al remitirnos al artículo 682 del mismo cuerpo legal, donde, en su párrafo segundo, permite expresamente que se hagan a favor de éstos legados de cosas muebles o cantidad económica de poca importancia en relación al caudal hereditario.

curador no devienen nulas, como es el hecho de que se hagan después de ser aprobadas definitivamente las cuentas o en el caso, lógicamente, de que no hubiese que rendir cuentas al finalizar la tutela o la curatela; en esta misma línea, el Código civil parece dar mayor relevancia al parentesco y a los derechos sucesorios que por esta afinidad se puedan obtener, legítimas o no, que a los perjuicios derivados de la posible influencia del curador o del tutor, y, así, declara válidas, en todo caso, las disposiciones hechas a favor de los que desempeñen estos cargos cuando sean ascendientes, descendientes, cónyuge o hermano del testador.

El artículo 754 del Código civil también mitiga, aunque en menor medida, esta prohibición, al remitirnos al artículo 682 del mismo cuerpo legal, donde, en su párrafo segundo, se permite expresamente que se hagan a favor de estos legados de cosas muebles o cantidad económica de poca importancia en relación al caudal hereditario. Lo que abre la puerta a una posible nulidad parcial dentro de la propia disposición hecha a favor de estas personas, la cual debería reducirse hasta no sobrepasar dichos límites.

Para concluir este apartado no puede dejarse de lado, por las posibles implicaciones que tiene en el objeto de estudio de este trabajo, tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ⁶⁰⁴, la falta de unanimidad doctrinal⁶⁰⁵ en cuanto a la aplicación o no a los casos de incapacidades relativas de lo dispuesto en el artículo 762 del Código civil. Una conclusión afirmativa privaría a los supuestos recogidos en los artículos 752, 753 y 754 de ser causas de nulidad por sí mismas, obligando a probar que estas personas ejercieron una verdadera influencia en la voluntad del testador en cada caso concreto, por lo que dejarían de ser causas de nulidad por las circunstancias del suceso (incapacidad para suceder) y quedarían englobadas

⁶⁰⁴ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 132. Así como la bibliografía allí citada.

⁶⁰⁵ A favor de la aplicación del artículo 762 a los casos de incapacidades relativas encontramos, entre otros, a CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. VI, vol. 2º, cit., pág. 44; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de...*, T. V, cit., pág. 69; ALBADALEJO, *Curso de...*, T. V, cit., pág. 90. En contra de esta aplicación nos podemos encontrar, también entre otros, con: DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., pág. 504; HERNÁNDEZ GIL, A., *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.969, págs. 75 y 79.

dentro de las causas de nulidad por vicios en la voluntad, recogidas en el artículo 673 del Código civil.

A nuestro entender, no parece tener sentido que el legislador se molestase en abordar de forma separada estos casos específicos si su voluntad fuese que, en la práctica, quedasen englobados dentro del supuesto genérico de vicios de la voluntad. Además, debe recordarse que el legislador para los casos de indignidad sí prevé el perdón por el testador de las causas que llevaron a esa situación. Por el contrario, nada recoge a este respecto en los supuestos de los artículos 752, 753 y 754, salvo los casos puntuales anteriormente reseñados, por lo que es entendible que pueda respetarse esta voluntad en unos casos, no ejerciendo la acción de indignidad, y no exista esta posibilidad en los casos de incapacidades relativas, máxime si se tiene en cuenta el fin preventivo de estas, en contraposición al fin de sanción o castigo de los casos de indignidad o desheredación.

En cuanto a la condición de indigno, las causas⁶⁰⁶ vienen recogidas en el

⁶⁰⁶ Serán incapaces de suceder los que incurran en las siguientes causas de indignidad:

- Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.
- El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
- Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.
- El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
- El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.
- Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.
- El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.
- El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior.
- Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil.

En lo que se refiere a las causas recogidas en los apartados 5º y 6º se ha planteado la duda de si para poder declararse a un sucesor indigno tiene que haber conseguido el fin de que se cambiase el testamento o se otorgase uno nuevo o si, por el contrario, basta con haber ejercido la amenaza, fraude o violencia, indistintamente del resultado obtenido.

A este respecto, nosotros nos decantamos por el hecho de que basta con haber ejercido las mismas para adquirir la condición de indigno, indistintamente del resultado. En el caso de que se consiguiese el objetivo, además, el testamento sería nulo en virtud de lo dispuesto en el artículo 673 del Código civil, como se verá más adelante. En esta línea se puede consultar lo dicho por: ALBADALEJO, *Comentario al Artículo 756*, en *Comentarios al Código Civil...*, T. X, vol. 1º, cit., pág. 233; o por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, T. IV, cit., pág. 418.

artículo 756 del Código civil. Esta condición de indigno del sucesor no convierte directamente en nulas las disposiciones testamentarias hechas a su favor, sino que para poder privar al indigno de ese derecho es necesario un requisito externo, como ya ocurriera con la institución hecha a favor de una institución pública, en este caso ejercer la acción de indignidad, precisamente creada con ese fin. De esta forma, en el caso de que la misma no se ejerciese dentro de los plazos señalados al efecto (cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado tal y como lo establece el artículo 762 del Código civil), la disposición hecha a favor del indigno devendría inatacable y, por tanto, válida de pleno derecho. De hecho, esta condición de indigno es sanable por el propio testador, en los supuestos y con los formalismos exigidos por el artículo 757 del Código civil, es decir, cuando el testador conocía la causa de indignidad en el momento de otorgar testamento o cuando la remitiere en documento público una vez otorgado el testamento.

En sentido inverso, al igual que el testador puede rehabilitar al indigno, también puede llegar a desheredar a los legitimarios, igualmente, cumpliendo los requisitos y formalismos exigidos⁶⁰⁷ en los artículos 848 y siguientes del Código civil.

En cuanto a la figura del indigno no puede dejarse de lado el hecho de que esta conducta pueda llegar a constituir un ilícito penal⁶⁰⁸, con las consecuencias

⁶⁰⁷ La desheredación deberá hacerse en testamento expresando la causa legal en que se funde, de las recogidas en los artículos 852 a 855 del Código civil, ambos incluidos.

En cuanto a la desheredación de hijos o descendientes dichas causas son:

- Las recogidas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6.
 - o Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre, madre o ascendiente que le deshereda.
 - o Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre, madre o ascendiente que le deshereda.
 - o En cuanto a la desheredación de padres y ascendientes:
- Las recogidas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6.
 - o Haber perdido la patria potestad por las causas recogidas en el artículo 170.
 - o Haber denegado, sin motivo legítimo, los alimentos a hijos o descendientes.
 - o Haber atentado uno de los progenitores contra el otro, si no hubiere habido reconciliación entre ellos.

En cuanto a la desheredación del cónyuge:

propias que se derivasen dentro de ese ámbito y que exceden del objeto de estudio del presente trabajo.

De esta forma, y al contrario de lo que sucedía en los casos de incapacidad del testador (que la regla general era la nulidad total), en los casos de incapacidad del sucesor, lo normal, será que nos encontremos ante supuestos de nulidad parcial del testamento, toda vez que la misma sólo debería afectar a la parte del testamento relativa a dicha persona o personas en concreto que fuesen incapaces de suceder.

- ***Vicios en la voluntad.***- Dentro de estos podemos diferenciar, por un lado la violencia, el dolo y el fraude, y, por otro lado, el error.

1. La violencia, el dolo y el fraude.- Vienen regulados en el artículo 673 del Código civil como elementos que afectan a la voluntad del testador y, por tanto, como causas de nulidad total del negocio testamentario.

Como ya hemos dicho, consideramos que, cuando menos en el ámbito teórico, debe abrirse la posibilidad de que ante la concurrencia de cualquiera de estos supuestos en el otorgamiento de una o varias disposiciones concretas, pero no del conjunto del negocio testamentario, se pueda aplicar la nulidad parcial de la concreta disposición o de las concretas disposiciones en que concurriera el vicio, lo cual no debería afectar al resto del negocio testamentario, en el que no concurre vicio alguno.

-
- Las recogidas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6.
 - o Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
 - o Las que conllevan la pérdida de la patria potestad recogidas en el artículo 170.
 - o Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
 - o Haber atentado contra la vida del cónyuge, en el caso de que no hubiere habido reconciliación.

⁶⁰⁸ Tanto es así que el registrador puede aplazar el despacho de una inscripción de bienes procedentes de una herencia si considera que hay indicios de delito y puede, o más bien debe, comunicar a la autoridad pertinente la posible concurrencia del hecho delictivo, en este sentido se pronuncian, respectivamente, las RRDGRN de 26 de Julio de 1.988 y de 14 de Julio de 1.988. Aunque el posible alcance penal de estas conductas queda fuera del ámbito de estudio del presente trabajo y se deja simplemente citado como posible línea de investigación para próximos trabajos.

En estos casos el problema principal nos lo vamos a encontrar en la aplicación práctica, toda vez que en sede teórica entendemos perfectamente aplicable la nulidad parcial por estas causas. Dicho problema va a radicar en la determinación del alcance real de estos vicios de la voluntad y de sus efectos; concurrencia, alcance y efectos que deberán ser acreditados por quien los alega y defiende su afectación parcial.

Casos prototípicos de nulidad parcial debido a la concurrencia de violencia, intimidación, dolo o fraude podrían ser: a) El de aquella persona que por medio de estas artes hace que el testador le legue un bien concreto de la herencia, sin que el mismo afecte a la legítima ni a ningún otro derecho de los legitimarios. En este caso sería fácil determinar que la nulidad debería afectar tan sólo al legado obtenido de forma irregular y deberían permanecer válidas el resto de disposiciones recogidas en el negocio testamentario. b) El de que estos vicios afecten a una disposición recogida en el testamento pero que no sea propiamente testamentaria, como el reconocimiento de un hijo, el reconocimiento de una deuda, el reconocimiento de una sociedad mercantil irregular o la designación de sucesor de título nobiliario, entre otras, en los que podría ser evidente que los efectos se limitarían a dichas cláusulas. c) Cuando estos sean utilizados para incluir en el testamento como beneficiario a una persona concreta, en el que también se podría fijar que los efectos de la nulidad deberían limitarse a aquellas disposiciones que beneficiasen a la misma.

De esta forma, si se puede determinar la concurrencia de cualquiera de estos vicios y que su alcance y efectos se limitan a una disposición o disposiciones concretas del negocio testamentario y, por tanto, no a todo éste, no encontramos inconveniente alguno en extender la aplicación de la nulidad parcial cuando concurra cualquiera de estas causas. Aunque este extremo no venga expresamente recogido en el Código civil.

2. El Error.- Como hemos visto anteriormente, el error no viene expresamente recogido en el Código civil como causa de nulidad en el ámbito

testamentario, lo que no impide que el mismo sea considerado no sólo causa de nulidad total, sino también de nulidad parcial dentro del ámbito de los negocios “*mortis causa*”. Como es lógico, y respetando el principio de “*favor testamenti*”, entendemos que el error puede afectar a todo el testamento o tan sólo a la concreta disposición o disposiciones sobre la o las que recaiga⁶⁰⁹, decretándose la nulidad total o la nulidad parcial del negocio testamentario respectivamente, sin que, por tanto, el error de una disposición en concreto tenga por qué afectar al testamento en su conjunto. Además, el error, por su propia naturaleza también podría llegar a afectar a una parte concreta de una disposición, en cuyo caso nos encontraríamos ante un caso de nulidad parcial dentro de una disposición en concreto.

En este caso, al igual que en el supuesto anterior, entendemos que el mayor de los problemas viene en la determinación de la existencia del error y, posteriormente, en la del alcance del mismo.

Lo que es evidente es que el error, en estos casos, no debe invalidar el testamento en su conjunto cuando puedan determinarse la persona, la cosa, o los motivos ciertos y concretos en que concurre. Como es lógico, el error deberá ser probado por quien lo alegue y su alcance deberá ser probado por quien defienda la validez del resto del testamento.

- ***Defecto formal.***- La forma es un elemento esencial en el ámbito testamentario, tal y como lo recoge el artículo 687 del Código civil (los artículos 688, “*a sensu contrario*”, 705 y 715 del Código civil recogen la necesidad de la forma de manera específica para los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados respectivamente).

Aunque, como hemos visto, lo normal sea que los defectos formales lleven aparejada la nulidad total del testamento, existen diversos supuestos en que puede

⁶⁰⁹ Vid., entre otros, ALBADALEJO, *Invalidez de la Declaración de Voluntad*, en ADC, 1.957, pág. 1.005; OSSORIO MORALES, ob. cit., págs. 353 y 354; o TRAVIESAS, *El Testamento*, cit., pág. 133.

concurrir la nulidad parcial por motivos de la forma, pese a haberse incurrido en su otorgamiento en algún defecto formal. El Código civil recoge expresamente los siguientes:

a. En cuanto al testamento cerrado.- El artículo 706 del Código civil establece, “*a sensu contrario*”, diversos supuestos de nulidad parcial por la forma: a) la parte escrita a máquina de un testamento cerrado cuyas hojas no estén firmadas devendrán nulas, y quedará a salvo la parte escrita a mano y la escrita a máquina cuyas hojas sí que estén firmadas debidamente; b) cuando el testador no sepa leer ni escribir y falte la firma de la persona que deba hacerlo a su ruego en alguna o algunas de las hojas, de tal forma que, entendemos, como hemos comentado anteriormente, que dicha hoja devendrá nula, así como las disposiciones que tengan parte de su contenido en la misma (en este caso, cabe la posibilidad que si la disposición puede mantener sus efectos sin la parte contenida en la hoja nula ésta pueda seguir en vigor de forma parcial), aunque mantendrán su validez el resto de las hojas formalmente completas; c) las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que no se encuentren salvadas por la firma del testador serán nulas, lo que no impide que quede a salvo el resto del testamento.

El artículo 715 del Código civil por su parte establece otro posible caso de nulidad parcial por la forma dentro del testamento cerrado, al establecer que cuando un testamento cerrado contenga un defecto de forma que lo invalide como tal pero el citado testamento cerrado reúna los requisitos establecidos para los testamentos ológrafos podrá valer como tal.

Aunque éste último podría entenderse como un caso de nulidad total del testamento en cuanto a la forma, ya que el testamento cerrado no va a surtir efectos como tal, y de nulidad parcial en cuanto a los efectos y contenido, ya que estos sí llegarán a producirse bajo otra forma totalmente distinta, en cuanto tenga valor como testamento ológrafo.

De tal forma que, en cuanto a la forma se refiere, pueden llegarse a producir

todos los efectos queridos por el testador, cuando tan sólo sea nula la forma de otorgamiento o producirse sólo algunos de los efectos, cuando la nulidad formal también se extienda a ellos.

b. En cuanto al testamento ológrafo.- Al igual que ocurre con el testamento cerrado, el artículo 688 “*a sensu contrario*” también abre la puerta a la aplicación de diversos supuestos de nulidad parcial debido a defectos formales.

Estos supuestos a los que nos referimos son: a) que no todo el testamento esté escrito por el testador, de tal forma que la parte no escrita por el propio testador será nula, pero mantendrá su eficacia aquella otra parte que sí cumpla con los requisitos recogidos en el citado artículo; y b) las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que no se encuentren salvadas por la firma del testador serán nulas y quedará a salvo el resto del testamento.

De esta manera, debemos entender que aquellas partes que sean formalmente válidas y mantengan entidad suficiente como para reflejar la voluntad del testador no deberán verse afectadas por aquellas en las que se incurriese en algún defecto formal y, por lo tanto, habrá que tender a proclamar su validez.

3. Remisión a documentos ajenos al testamento.- En cuanto a la aplicación de la nulidad parcial respecto de la forma también debemos incluir aquella que afecta a los documentos ajenos al testamento a que éste haga referencia.

En cuanto a estos documentos, el artículo 672 del Código civil permite que en el testamento se hagan disposiciones relativas a herederos, mandas o legados refiriéndose a documentos privados o cédulas ajenas al propio testamento, siempre y cuando en los mismos se cumplan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo (otorgarse por personas mayores de edad, estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue y que en el caso de tener palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, que las salvara el

testador bajo su firma). En caso contrario la sanción que expresamente recoge el Código civil para dichas disposiciones es la nulidad, sin referencia alguna a que dicha nulidad pueda o deba extenderse al resto de disposiciones, por lo que debe entenderse que es un supuesto de nulidad parcial que sólo afectará a la disposición concreta en la que no se hayan recogido los requisitos de forma establecidos, de tal forma que o bien el documento al que se remite no podrá producir efectos sucesorios o bien la disposición será nula al carecer de todos los requisitos esenciales el documento al que remite.

- **Causa.-** Admitida la posibilidad de que concurran diversas causas en una disposición testamentaria, dada la disparidad de cláusulas que se pueden encontrar en un testamento, es evidente que debemos admitir que la nulidad parcial también tiene cabida por razón de la causa. De hecho, el propio Código civil establece diversos supuestos en los que una cláusula o una parte de ella no valdrá en cuanto a la causa.

De esta forma, el artículo 767 del Código civil establece cómo la institución de heredero o el nombramiento de legatario dejarán de surtir efectos en aquellos casos en que la causa sea falsa y el testador no hubiese ordenado dicha disposición en el caso de conocer la falsedad. Como es lógico, en estos casos la nulidad de la institución de heredero o del nombramiento de legatario no afectará al negocio testamentario en que se encuentre.

El propio artículo 767 citado, recoge un posible caso de nulidad parcial dentro de la propia institución de heredero o del nombramiento de legatario, al establecer que cuando la causa sea falsa o contraria a derecho la misma se tendrá por no puesta. En estos casos dicho efecto no se extiende ni tan siquiera a la propia disposición (salvo en el supuesto visto anteriormente), por lo que mucho menos lo hará al resto de disposiciones testamentarias.

Puede, además, como peculiaridad del testamento, producirse la nulidad de una cláusula por no existir la causa en el momento de abrirse la sucesión, que es

cuando realmente tienen que concurrir los requisitos para la validez del negocio “*mortis causa*”, por mucho que esta causa sí concurriese en el momento del otorgamiento, como puede ser el caso de una disposición hecha por causa de necesidad del beneficiario, el cual, desde el otorgamiento hasta la apertura de la sucesión deviene a mejor fortuna.

En el caso de que la causa expresada por el testador de una disposición testamentaria sea falsa, el Código civil, aplicando la regulación contractual (art. 1.276) se decanta por la nulidad, salvo que se acredite que la disposición se basaba en una causa justa y verdadera.

- ***Violación de algunas de las normas imperativas propias del Derecho sucesorio.***- En cuanto al ámbito sucesorio propiamente dicho, el Código civil recoge diversos supuestos cuya contravención lleva aparejada la sanción de la nulidad, bien en su grado de total, bien en los de parcial. Entre los que, por su transcendencia o mayor grado de aplicación en el ámbito de la práctica podemos destacar los siguientes:

1. Nulidad de los elementos accidentales del testamento: condición término y modo.- El Código civil admite las modalidades accesorias (condición, término o modo) dentro del ámbito testamentario⁶¹⁰, así como la nulidad derivada de las mismas, ya sea porque éste las regula de forma expresa, ya porque las recoge de forma implícita a lo largo de los artículos dedicados a la sucesión “*mortis causa*”.

a) La condición.- Dentro del ámbito testamentario, viene reconocida expresamente tanto en el artículo 790 del Código civil, que establece que la misma podrá ser de aplicación tanto a los herederos como a los legatarios, como en el artículo 791 del mismo cuerpo legal, que remite a las reglas propias de las obligaciones condicionales (arts. 1.113 a 1.124 del C.c.) para todo lo relativo a las

⁶¹⁰ LACRUZ (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 240) entiende que es precisamente en el ámbito testamentario donde estas modalidades accesorias adquieren su verdadero campo de aplicación.

condiciones testamentarias no regulado expresamente en los artículos 790 a 805 del Código civil, que constituyen la Sección IV, del Capítulo II, del Título III, del Libro III, titulada, precisamente: “*De la institución de heredero y del legado condicional o a término*”.

En cuanto a las condiciones, en el ámbito testamentario, aunque no sea el objeto de este trabajo, se puede decir, de forma sucinta: que caben, entre otras, las condiciones suspensivas⁶¹¹ (arts. 759 o 799 del C.c.), las potestativas⁶¹² (arts. 795 u 800 del C.c.) y las causales o mixtas (art. 796 del C.c.), no es unánime la doctrina en cuanto a la eficacia de las condiciones resolutorias⁶¹³.

En lo que a la nulidad de las condiciones propiamente dichas se refiere, cabe decir que nos vamos a encontrar con casos que llevarán a la nulidad parcial del testamento e incluso casos de nulidad parcial dentro del ámbito de las propias cláusulas condicionales, dónde sólo una parte de la propia cláusula será nula mientras que persistirá el resto de la misma. Estas últimas suponen una clara diferenciación con lo recogido por el propio Código civil en el ámbito contractual, en concreto en su artículo 1.116, donde, al contrario que en el caso testamentario, nos

⁶¹¹ Que son aquellas por las que el heredero o legatario, según los casos, no puede acceder a los bienes o derechos hereditarios hasta que se compruebe que se ha cumplido el requisito exigido. En estos casos, la capacidad del instituido debe apreciarse en el momento del cumplimiento de la obligación y no antes, por lo que, en el caso de premoriencia al cumplimiento de la obligación nada adquiriría el heredero o legatario en cuestión, tal y como lo recoge la RDGRN de 20 de Junio de 1.956. En lo que se refiere a este último aspecto el Código civil contiene dos artículos contradictorios, el artículo 759, que recoge la no adquisición del derecho si se muere antes de que ésta se cumpla, y el artículo 799 que establece que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir y transmitir sus derechos antes de que se verifique la misma, controversia esta que excede al ámbito de estudio de este trabajo.

⁶¹² Vienen expresamente mencionadas, entre otros, en los artículos 795 y 800 del Código civil, y son aquellas condiciones cuyo cumplimiento queda sometido a la voluntad del heredero o legatario. En este sentido vid.: ALBADALEJO (*Comentario al Artículo 795, en Comentarios al Código Civil...*, T. X, vol. 2º, cit., pág. 465); o MUCIUS SCAEVOLA, Q. (*Código Civil Comentado y Concordado*, T. XIII, revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA, Editorial Reus, Madrid, 1.943, págs. 831 y ss.); o CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 166), y el resto de bibliografía allí citada.

⁶¹³ Para negar la aplicación de éstas al ámbito testamentario se usa, por los diversos autores, el argumento de que el que ya ha sido instituido heredero no puede dejar de serlo, por lo que perderían, de pleno, su razón de ser este tipo de condiciones, al entender esta figura como una forma de sustitución fideicomisaria condicional. En este sentido puede verse lo dicho por: PUIG BRUTAU (*Fundamentos de...*, T. V, vol. 2º, cit., pág. 265); o (VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomiso a Término...*, cit., págs. 800 y ss.), todo ello tal y como lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit. ut.).

expresa que *“las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley anularán la obligación que de ellas dependa”*, en este mismo sentido nos recoge que *“la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”*.

Como hemos avanzado, en el ámbito testamentario, según el artículo 792 del Código civil, *“las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa”*, de tal forma que en estos casos no se anula la institución sino que ésta se tiene por hecha simple y llanamente, declarándose nula tan sólo la condición.

En este sentido el propio Código civil, en sus artículos 793 y siguientes, establece un listado de condiciones propias testamentarias que sufren la sanción anteriormente reseñada, pero no se trata de un *“numerus clausus”* ya que también llevarán aparejada la misma sanción aquellas otras que la ley establece de forma general como ilícitas, inmorales o contrarias a las buenas costumbres, tal y como establece el artículo 792.

Pues bien, así entendida, declarada la nulidad de la condición ésta ni tan siquiera afecta a la institución que condicionaba, que continúa en vigor, por lo que mucho menos al resto del testamento, de tal manera que nos encontramos ante un caso de nulidad parcial ya no del propio testamento, sino dentro de la cláusula que contiene la condición.

b) El término o plazo.- Por su parte, en el ámbito de las estipulaciones testamentarias también es recogido expresamente por el Código civil, que lo regula en su artículo 805, tanto en cuanto al plazo inicial como al final. En estos casos el derecho a recibir los bienes se adquiere en el momento del fallecimiento del causante, lo que se dilata en el tiempo es la entrega de los mismos, que se producirá

en aquel momento que haya determinado el testador⁶¹⁴.

En cuanto a la regulación de este apartado, pese a que no debe confundirse con la sustitución fideicomisaria a término, sus similitudes hacen que las normas de ésta última puedan aplicarse, por analogía, a estos supuestos⁶¹⁵.

En cualquier caso, al igual que ocurría con las condiciones contrarias a la ley, ilícitas, inmorales o imposibles, cuando el plazo sea imposible o indeterminable deberá tenerse por no puesto⁶¹⁶, lo que lleva a una nueva aplicación de la nulidad parcial dentro de la propia cláusula.

c) El modo.- Si bien no es recogido expresamente como tal en un artículo concreto del Código civil, sí aparece en numerosos preceptos de dicho cuerpo legal⁶¹⁷, como puedan ser los artículos 748, 780, 788, 824, etc. Además podemos entender como de aplicación en este apartado, por analogía, las disposiciones de las donaciones⁶¹⁸ recogidas en los artículos 619 y 622 del Código civil, lo que conllevaría la inclusión, por tanto, de la remisión que se hace a la regulación en base contractual, lo que, en su caso, podría ayudar a aclarar los requisitos exigibles para la posible imposición de una carga a los sucesores.

En cualquier caso, lo que es evidente, es que para que éste sea válido es

⁶¹⁴ Cuestión distinta es la relativa al momento en que dichos bienes pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad por el nuevo titular, a cuyo respecto nos remitimos a la RDGRN de 5 de Enero de 1.959.

⁶¹⁵ Vid. ALBADALEJO, *Comentario al Artículo 805*, en *Comentarios al Código Civil...*, T. X, vol. 2º, cit., pág. 556.

⁶¹⁶ Esta postura general, en cualquier caso, no es unánime, por cuanto, por ejemplo, ALBADALEJO, (*Condición Término y Modo*, en RDN, 1.957, pág. 79), reconoce este efecto cuando el término al que afecte sea el final, pero cuando se trate del inicial entiende que lo que se produce es la invalidez de la cláusula en su conjunto, en cuyo caso estaríamos ante un caso de nulidad parcial del testamento propiamente dicho, y no de un caso de nulidad parcial dentro de la propia cláusula.

⁶¹⁷ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 166.

⁶¹⁸ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 167), donde recoge la opinión de LACRUZ (Anotaciones a BINDER, en ob. cit., págs. 339 y 340) y de DE LOS MOZOS (*El Modo Como Elemento Accesorio de la Voluntad Negocial*, en RDP, 1.978, págs. 224 y ss.).

necesario que sea claro y que se haya realizado en el propio testamento⁶¹⁹.

El incumplimiento por parte del testador de los requisitos exigibles en cuanto al modo lleva aparejada la nulidad de éste, de tal forma que la manda se entenderá hecha de forma pura. En los casos en que el modo sea imposible, la doctrina⁶²⁰ se decanta, al igual que en el caso anterior, por la nulidad de éste. En estos casos la nulidad del modo no tiene por qué afectar a la voluntad testamentaria, declarándose nula, por tanto, tan sólo la disposición a que éste afectase.

2. Preterición de legitimarios.- Esta figura, entendida como la privación a los herederos, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, de su derecho a la legítima, viene regulada en los artículos 813 y siguientes del Código civil, y de manera específica en el artículo 814.

“La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos y descendientes producirá los siguientes efectos:

1. Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

⁶¹⁹ En esta línea se puede consultar la RDGRN de 16 de Noviembre de 1.944.

⁶²⁰ La doctrina se ha decantado por la aplicación al modo de la regulación de las condiciones, obviamente, siempre y cuando ésta respete las peculiaridades propias de la figura del modo. En referencia a esto puede consultarse, entre otros, lo recogido por: ALBADALEJO, *Consideraciones Sobre Algunos Extremos del Modo Testamentario*, en ADC, 1.983, pág. 1.102., y *Condición, Término...*, cit., pág. 90; CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit. ut.; MONTES PENADÉS, V., *El Modo Testamentario y las Prohibiciones de Disponer*, en ADC, 1.974, pág. 318; LUNA SERRANO, A., *Disciplina del Modo Testamentario Imposible*, en ADC, 1.968, págs. 124 y ss.; o TORRALBA SORIANO, O. V., *El Modo en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.967, págs. 157 y ss.

ALBADALEJO (*Condición, Término...*, cit., pág. 90) asevera que la invalidez del todo el negocio es defendible en el caso de que el testador hubiera preferido su sucesión intestada si el modo no fuera posible que formara parte de su testamento.

2. En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.”

Esta figura de la preterición⁶²¹ puede darse tanto por la no asignación, parcial o total, de la cuota legal hereditaria en la institución de heredero como por no asignársele bienes o no hacerlo en cantidad suficiente en la partición hecha por el propio testador.

En cuanto a los efectos que produce la preterición, el propio Código civil en su artículo 814 distingue los casos en que la preterición afecta al cónyuge, a los ascendientes o cuando es intencional de hijos o descendientes, de aquellos otros casos en que la preterición sea no intencional de hijos o descendientes⁶²². Hay autores⁶²³ que han defendido la existencia de una tercera clase de preterición, la

⁶²¹ Vid., a este respecto, para un mayor detalle, lo comentado por VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario al Artículo 814 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil...*, T. XI, cit., págs. 169 y ss.

⁶²² Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 160), que sigue lo dicho por VALLET DE GOYTISOLO (*Comentario al Artículo 814...*, en *Comentarios al Código Civil...*, T. XI, cit., págs. 200 y ss.).

⁶²³ Vid. BOLÁS ALFONSO, J., *La Preterición Tras la Reforma de 13 de Mayo de 1.981*, en AAMN, T. XXV, pág. 222. También lo recoge DOMÍNGUEZ RODRIGO, M., *El Concepto de Preterición en el Artículo 814 del Código Civil Vigente*, en RGLJ, 1.983, pág. 677.

conocida como preterición mixta de hijos o descendientes, que consiste en la preterición intencional de unos y no intencional de otros, indistintamente de que ésta se produzca de forma simultánea o no.

En el primero de los casos la preterición no lleva aparejada la nulidad total del testamento⁶²⁴, sino que se restablece el orden sucesorio que el testador había vulnerado en su declaración, respetándose el resto de disposiciones del testador que no sean contrarias al orden sucesorio legalmente establecido.

El propio Código civil, en su artículo 814, párrafo primero, recoge cuál debe ser el orden para hacer la correcta distribución, y establece que se reducirá primero la institución de heredero, antes que el resto de disposiciones testamentarias.

En el segundo de ellos, la preterición produce dos efectos distintos, en función de que sean preteridos no intencionalmente todos los descendientes o sólo alguno de ellos, tal y como lo recogen los incisos primero y segundo del párrafo segundo del citado artículo 814 del Código civil. En el primero de los casos se anularán todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, pero pervivirán, por tanto, las no patrimoniales; en el segundo lo que se produce es la anulación de la institución de heredero, aunque mantendrán su vigencia el resto de disposiciones contenidas en el testamento, con la salvedad de que la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en tanto y cuanto perjudique a las legítimas.

En cuanto a la preterición y la aplicación de la nulidad parcial, como hemos visto, es unánime la doctrina⁶²⁵, que establece que cuando la misma se produzca no

⁶²⁴ En este sentido se pronuncia de forma unánime nuestra doctrina, y recogen esta postura, entre otros: ALBADALEJO, *Para una Interpretación del Artículo 814.1 del Código Civil*, en RDP, 1.967, págs. 1.023 y ss.; BOLÁS ALFONSO, ob. cit., pág. 222; VALLET DE GOYTISOLO, *El Deber de Instituir Herederos a los Legitimarios y el Actual Régimen de la Preterición en los Derechos Civiles*, en ADC, 1.967, págs. 96 y ss.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *Preterición Formal y Material y Nulidad de la Institución*, en ADC, 1.969, págs. 368 y ss.; o COBACHO GÓMEZ, J. A., *Notas a la Preterición*, en RDP, 1.986, págs. 411 y ss.

⁶²⁵ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 160), donde recoge las opiniones doctrinales de: PÉREZ ARDÁ, E., *Testamentaria Parcial*, en RGLJ, 1.913, pág. 250; DE LA CÁMARA, M., *El Derecho de Representación en la Herencia Testada y la Preterición de Herederos Forzosos*, en RDN, 1.955, págs. 81 y ss.;

es nulo el testamento al completo, sino que el mismo mantiene su vigor, pero habrá que rehacer el orden sucesorio vulnerado y dejar a salvo aquellos otros criterios que queden válidos.

En esta línea también debe aplicarse la nulidad parcial a aquellos casos en que nos encontremos ante una causa de desheredación injusta o que no quede probada⁶²⁶.

3. Nulidad de los legados.- Debemos entender por legatario⁶²⁷ aquel que es sólo un perceptor de algún bien o bienes de una herencia, es decir, el legatario no es un continuador del causante, sino que recibe aisladamente el derecho que le dejan, apartado del conjunto global de la herencia, que corresponde a los herederos⁶²⁸, también cabe el legado de parte alícuota del caudal hereditario. El Código civil, por su parte, lo define en su artículo 660 con el siguiente tenor literal: *“Llámanse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.”*

Los legados son una figura exclusivamente testamentaria y vienen recogidos, junto a las mandas, en los artículos 858 y siguientes del Código civil, artículos estos en los que también se recogen los supuestos de ineficacia de los mismos⁶²⁹ (arts. 861 *“a sensu contrario”*, 862, 865, 866, 869, 870, 871, 875 y 878 del C.c., a los que

ALBADALEJO, *Para una Interpretación del art. 814.1...*, cit., págs. 409 y ss. y 1.023 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *El Deber de...*, cit., págs. 96 y ss.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ob. cit., págs. 368 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, J., *El Acrecimiento en la Mejora*, en AAMN, T. II, pág. 571; BOLÁS ALFONSO, ob. cit., pág. 222; BONET CORREA, *Código Civil con Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina*, T. III, Editorial Civitas, Madrid, 1.987, pág. 371; o COBACHO GÓMEZ, J. A., ob. cit., págs. 411 y ss.

⁶²⁶ En estos casos los legitimarios desheredados injustamente podrán ser declarados herederos en las cuotas que les correspondan, aunque sea a través de la apertura de la sucesión intestada, tal y como recogen las SSTs de 15 de Junio de 1.990 y de 4 de Noviembre de 1.997.

⁶²⁷ Vid. ALBADALEJO, *Curso de...*, T. V, cit., págs.16 y ss.

⁶²⁸ En este sentido ya lo recogía FLORENTINO en D. 30, 1, 116, pr., donde expresaba: *“Legado es la segregación de algo de la herencia por lo cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero.”*

⁶²⁹ Tal y como lo recoge la RDGRN de 25 de Septiembre de 1.998, los registradores de la propiedad tienen atribuida la potestad legal para calificar sobre la ineficacia o eficacia de los legados.

nos remitimos).

En el ámbito de los legados el Código civil diferencia entre causas de nulidad y casos en los que éstos quedarán sin efecto, y que, por tanto, no son causas de nulidad propiamente dichas.

Como es evidente, por la propia definición que hemos dado del legatario, la nulidad de un legado no debe extenderse al resto del testamento, lo que deja abierta la puerta a la nulidad parcial testamentaria en cuanto a esta figura se refiere.

Pero además, en sede de legados la figura de la nulidad parcial también tiene cabida en cuanto a los propios legados se refiere, es decir, cabe la nulidad parcial del propio legado, como, por ejemplo, en los siguientes casos: a) cuando lo legado supere lo legalmente establecido⁶³⁰ (art. 863 párrafo segundo del C.c. y art. 864 también del C.c.); b) cuando los bienes de la herencia no alcanzasen a cubrirlos (art. 887 del C.c.) o c) cuando afecte a bienes que ya son propiedad del legatario (art. 866 párrafo segundo del C.c.).

En cuanto a las causas que llevan aparejada la nulidad total de los legados y que, consecuentemente, son causas de nulidad parcial en cuanto al conjunto del testamento se refiere, el Código civil recoge, en los artículos 861 y sucesivos, los siguientes supuestos:

a) Cuando el legado sea de una cosa que el testador en el momento del otorgamiento ignorase que fuese ajena (art. 862). Esta misma causa puede desprenderse, a “*sensu contrario*”, de lo dispuesto en el artículo 861 del Código civil.

b) Cuando la cosa legada esté fuera del comercio (art. 865).

c) Cuando la cosa legada fuese ya, al tiempo de otorgarse el testamento,

⁶³⁰ En esta línea se pronunciaba ya la RDGRN de 14 de Abril de 1.969.

propiedad del legatario, pese a que en ella pudiese concurrir algún derecho de un tercero (art. 866). Si bien el Código civil en este caso habla de que el legado “*no producirá efecto*” y no de nulidad propiamente dicha, consideramos que es una causa más de nulidad, máxime cuando en el apartado segundo del mismo precepto se establece, como ya hemos enunciado, una causa de nulidad parcial de este tipo de legados, como es el caso de que concurra en la cosa ya propiedad del legatario algún derecho o gravamen a favor de un tercero y el testador dispone que la cosa sea liberada del mismo, en dicho caso el legado valdrá respecto a esa liberación y no respecto al otorgamiento de la cosa que ya era del legatario.

La nulidad de la cosa legada persistirá aunque el legatario hubiese enajenado la cosa después del otorgamiento del testamento (art. 878 párrafo primero) o si la hubiese adquirido por título lucrativo después del otorgamiento del testamento (art. 878 párrafo segundo).

d) Cuando se legue una cosa inmueble no determinada y no haya de su género en la herencia éste será nulo (art. 875 párrafo segundo, “*a sensu contrario*”), en cambio si el legado genérico lo es de cosa mueble éste será válido aunque no haya cosa de su género en la herencia (art. 875 párrafo primero).

e) Cuando los bienes de la herencia no alcancen a cubrir todos los legados serán nulos aquellos que, una vez aplicado el orden de prelación dispuesto en el artículo 887 del Código civil, no queden bienes para cubrirlos.

f) Sin venir propiamente recogidas en la regulación de los legados, el Código civil, en su artículo 789, hace expresamente extensivas a los legatarios las causas de nulidad propias de los herederos, obviamente, habrá que dejar a salvo las diferencias entre ambas instituciones. En cualquier caso, no puede entenderse de este precepto que la nulidad de la institución de heredero conlleve de forma necesaria la de los legados ni viceversa.

En cuanto a los casos en que los legados quedarán sin efecto, estos vienen

recogidos en el artículo 869 del Código civil, y son:

a) Cuando el testador transforme la cosa legada, de tal manera que ésta no conserve ni la forma ni la denominación que tenía en el momento del otorgamiento del testamento (art. 869.1).

b) Cuando el testador enajene la cosa legada. En el caso de que enajene tan sólo una parte, el legado persistirá en cuanto al resto. En estos casos, sólo si la cosa volviese al testador por pacto de retroventa recuperará sus efectos el legado (art. 869.2).

c) Cuando la cosa legada perezca del todo en vida del testador o incluso tras su fallecimiento, siempre que en éste segundo caso no se deba a culpa del heredero (art. 869.3).

En los dos primeros casos realmente nos encontramos ante supuestos de revocación tácita del legado por el testador, mientras que en el tercero la prestación se vuelve imposible al haber desaparecido la cosa objeto de la misma.

En cualquier caso, no debemos olvidar, en cuanto a las causas de nulidad, que el artículo 789 del Código civil establece que serán aplicables a los legatarios aquellas causas de nulidad propias de los herederos, evidentemente, salvando las diferencias existentes entre ambas instituciones.

De lo que no cabe duda, es de que la nulidad del legado sólo afectará a éste, por lo que permanecerá en vigor el resto del testamento, fruto de la aplicación de la nulidad parcial. Nulidad parcial que también tiene su reflejo dentro del propio legado, el cual, por ejemplo, puede verse reducido si afecta a la legítima de los herederos (art. 863 del C.c.). En esta misma línea, si bien no es un caso de nulidad propiamente dicho, aunque sí lleva aparejada la ineficacia de algún legado, nos encontramos con lo dispuesto en el artículo 887 del Código civil, que establece el orden en que se cubrirán los legados en el caso de que los bienes de la herencia no

fueran suficientes para cubrirlos todos, de tal manera que los que no se puedan cubrir devendrán ineficaces, manteniéndose en vigor aquellos que sí se puedan cubrir.

Los legados que por cualquier motivo no lleguen a producir efecto, y no haya establecido para ellos otra consecuencia el Código civil, se refundirán en la masa hereditaria.

4. Disposiciones contrarias a la reserva.- El Código civil, en los artículos 811 y 968 y siguientes, establece diversos bienes que están sujetos a reserva, de tal forma que aquellas disposiciones que se recojan en el testamento que minoren o perjudiquen de algún modo ese derecho a la reserva deberán ser entendidas como nulas, no afectando esa nulidad al conjunto del testamento, por lo que debemos entender estos supuestos, también, de nulidad parcial. Y así podemos encontrarnos con que serán nulas:

a) Las disposiciones que se hagan fuera del tercer grado de la línea de la que originariamente procedan los bienes adquiridos por ministerio de la ley, cuando estas sean hechas por un ascendiente de los bienes que haya recibido de su descendiente, cuando este último los hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente (art. 811 del C.c.).

b) Las disposiciones que haga el viudo o viuda que haya contraído segundas nupcias y que dispongan de la propiedad de todos o alguno de los bienes que fueran de su difunto esposo o consorte, los cuales hubiese adquirido por testamento, sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo, a favor de terceras personas distintas a los hijos o descendientes del difunto esposo. Quedan a salvo de esta nulidad cuando la disposición sea de aquellos bienes que perteneciesen a la mitad de gananciales del cónyuge supérstite (art. 968 del C.c.).

Esta nulidad se extiende a aquellos bienes recibidos por el viudo o viuda de los hijos del primer matrimonio o de familiares del difunto por consideración a éste

(art. 969 del C.c.).

Esta obligación de reservar cesará cuando no haya hijos del primer matrimonio o cuando estos renuncien a dicho derecho o hayan entregado los bienes a sabiendas de la existencia de las segundas nupcias (arts. 970 y 971 del C.c.). Tampoco será nula la disposición contraria a la reserva cuando el que ostentase el derecho a la misma hubiese sido legalmente desheredado (art. 974 del C.c.).

Todas estas obligaciones y, consecuentemente, causas de nulidad, como es lógico, también se extienden al tercer y ulteriores matrimonios (art. 979 del C.c.) y a los hijos no matrimoniales y adoptivos (siempre que no sea hijo del consorte de quien descienden los reservatarios), (art. 980 del C.c.).

De esta forma, las disposiciones contrarias a la reserva serán nulas en cuanto afecten a esta y se extenderán, tan sólo, a aquellas disposiciones que sea necesario invalidar para salvar el derecho atacado. Así, nos encontramos ante un supuesto más de nulidad parcial, siempre que subsistan cláusulas en el testamento que no afecten a los bienes sujetos a reserva.

5. Nulidad de cláusulas concretas.- El Código civil recoge expresamente algunas cláusulas o disposiciones que serán nulas de pleno derecho en cualquier caso cuando se recojan en un testamento y otras que podrán llegar a ser nulas, pero que, en ningún caso afectarán al resto de lo dispuesto en él y otras que, por el contrario, siempre tendrán validez, pese a que se declare la nulidad del resto del testamento, como es el caso del reconocimiento de un hijo recogido en el artículo 741.

Entre las cláusulas o disposiciones que el Código civil establece como nulas podemos citar:

a. Las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la

hiciere con ciertas palabras o señales.- Las cuales, sencillamente, se tendrán por no puestas y no afectarán a la validez del testamento en su conjunto (art. 737 del C.c.).

b. La institución hecha a favor de un establecimiento público bajo condición o gravamen.- Recogida en el artículo 748 del Código civil, no será nula por sí misma, pero para que pueda ser válida necesitará de un requisito externo al testamento, como es la aprobación del Gobierno, que en caso de no producirse hará que esa disposición concreta devenga nula.

c. Nulidad de disposición hecha a favor de persona incierta.- La designación del heredero y del legatario puede hacerse, en nuestro ordenamiento, con gran libertad y variedad de formas, lo que sí exige el Código civil es que dicha disposición, heredero o legatario, sea hecha a favor de persona cierta o que pueda resultar determinada por algún evento, tal y como lo recoge el artículo 750 del Código civil *“a sensu contrario”*, que, a su vez, recoge la consecuencia propia de no respetarse dicha disposición, que no es otra que la nulidad de la disposición, aunque no afectará esta nulidad al resto del testamento.

“Toda disposición a favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.”

Tampoco permite el Código civil, en su artículo 670.2, que la determinación del heredero o del legatario sea hecha por un tercero ajeno al testador, en cuyo caso dicha cláusula también sería sancionada con la nulidad.

“Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.”

En esta misma línea de nulidad parcial ante la incertidumbre de la persona

designada, el artículo 773 del mismo cuerpo legal establece la nulidad de la cláusula en que se designa heredero cuando entre dos personas no se pueda distinguir cuál es la realmente designada por el testador, al tener el mismo nombre y apellido y haber entre las mismas igualdad de circunstancias.

En referencia a lo anterior, y por lo mismos motivos, debe decirse que tampoco son válidas las disposiciones hechas a favor de asociaciones o corporaciones ilícitas o de criaturas abortivas, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 745 del Código civil.

d. Las sustituciones nulas.- La figura de la sustitución viene regulada en los artículos 774 y siguientes del Código civil. En dichos artículos se recoge, en cuanto a la nulidad parcial se refiere, tanto la sustitución propiamente dicha como la especialidad de la sustitución fideicomisaria, así como la posibilidad de aplicar en ambos casos la nulidad parcial en el ámbito testamentario.

En cuanto a la sustitución propiamente dicha, recogida en el artículo 774 del Código civil, por la que el testador puede instituir a una o más personas para que sustituyan al heredero o herederos en caso de que éste muera antes que ellos o no puedan o no quieran aceptar la herencia, se verá reducida siempre que el sustituido tenga herederos forzosos en tanto y cuanto perjudique los derechos legitimarios de estos, tal y como establece el artículo 777 del Código civil.

La sustitución fideicomisaria, por su parte, viene regulada de una forma más extensa y concreta por nuestro Código civil, que le dedica los artículos 781 y siguientes. Esta figura queda definida como aquella en que: *“se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.”*, tal y como lo recoge el citado artículo 781.

Es el artículo 786 el que deja expresamente abierta la puerta a la figura de la

nulidad parcial en cuanto a la sucesión fiduciaria se refiere⁶³¹, al decir que: *“La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer testamento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.”* De hecho, dado el tenor de este artículo todas las causas de nulidad de la sucesión fideicomisaria son causas de nulidad parcial del testamento, más aún, son causas de nulidad parcial dentro de la institución en que se establezcan este tipo de sustituciones ya que el propio Código civil recoge que dicha invalidez no puede contagiarse ni tan siquiera al resto de la institución.

No es éste el único artículo que recoge el Código civil que abre la posibilidad a la aplicación de la nulidad parcial dentro del ámbito de la sustitución fideicomisaria, ya que, por ejemplo, el artículo 781 establece límites a este tipo de sustituciones, de tal forma que aquellas que superen el segundo grado no serán válidas, pero sí el resto.

En cuanto a las causas de nulidad de este tipo de sucesión los citados artículos recogen las siguientes:

- La superación del segundo grado: que puede dar lugar incluso a una nulidad parcial de la propia sucesión fideicomisaria, de tal manera que sean válidas las expresadas hasta segundo grado (grado equivale a llamamiento) y nulas las que lo superen (art. 781).
- Que se haga a favor de persona que no viva al tiempo del fallecimiento del testador: en otro caso perdería su razón de ser la propia figura (art. 781).
- Que grave la legítima (art. 782). Lo que debe ponerse en relación con lo

⁶³¹ La doctrina también es clara a este respecto, de tal forma que puede verse en esta línea, entre otros, lo dicho por: ALBADALEJO, *Comentario al Artículo 786*, en *Comentarios al Código...*, T. X, vol. 2º, cit., págs. 387 y 388; CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. VI, vol. 2º, cit., pág. 257; CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 161 y 162; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 747; NOVOA SEOANE, R., *Cláusula Testamentaria Dudosa*, en RDP, 1.921, págs. 174 y 646; o LÓPEZ LÓPEZ, J., *Carácter de la Nulidad de la Sustitución Fideicomisaria que Traspasa el Límite Legal*, en ADC, 1.950, pág. 511.

regulado en los artículos 813.2 y 824 del Código civil. Con dos excepciones: 1) que en el caso de que se grave tan sólo la legítima estricta, este gravamen sea hecho a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente; y 2) que en el caso de que el gravamen fuese sobre el tercio de mejora, este gravamen fuese hecho a favor de los descendientes.

- La falta de ordenación expresa de la misma: la cual se recoge reiteradamente en el Código civil, es decir, para que sea válida debe recogerse como sucesión fideicomisaria o imponerse al sustituido la obligación terminante de entregar lo heredado a un tercero en el propio testamento (arts. 783 y 785.1 del C.c.).

- Las prohibiciones perpetuas, e incluso temporales, de enajenar fuera de los límites del segundo grado (art. 785.2).

- La imposición hecha al heredero de pagar renta o pensión a varias personas de forma sucesiva cuando esta imposición exceda del segundo grado (art.785.3).

- El hecho de dejar a una persona bienes hereditarios para que disponga de ellos según instrucciones concretas que le hubiese comunicado el testador (art. 785.4). En este caso la nulidad de la sucesión fideicomisaria será total si se dejan todos los bienes hereditarios con este fin o parcial si sólo se deja una parte de dichos bienes.

En cualquier caso, sea cual sea la causa de nulidad, como hemos visto, el alcance de ésta nunca afectará al resto de la declaración testamentaria, que permanecerá en vigor.

e. Gravamen de la legítima.- El artículo 813 del Código civil no sólo establece la prohibición de privar a los herederos de la legítima, sino que además establece que cualquier gravamen, condición o sustitución que se imponga a la

misma será nulo. De tal forma que nos encontraríamos ante un claro supuesto de nulidad parcial dentro de la propia disposición en que se establezca la legítima, la cual permanecerá en vigor una vez quitada la parte viciada de la condición, gravamen o sustitución. Esto siempre que no nos encontremos ante lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

f. La mejora.- En cuanto a esta figura, el Código civil establece diversos supuestos que se pueden encajar dentro de la nulidad parcial testamentaria.

En primer lugar, y al igual que ocurría en el caso anterior, la mejora no puede ser gravada (art. 824 del C.c.) por lo que cualquier gravamen que se imponga sobre ella también será nulo, salvo que sean los que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes, manteniéndose la mejora y, evidentemente, el resto del negocio testamentario.

En segundo lugar, cuando se haya hecho una promesa de mejorar o de no mejorar tanto en escritura pública como en capitulaciones matrimoniales la disposición que se recoja en el testamento en contra de esta promesa será nula.

En este último caso nos encontraríamos ante dos supuestos, uno de nulidad parcial del testamento propiamente dicho, que es cuando la promesa era de mejorar, en cuyo caso sólo la disposición en contra de la mejora será nula, manteniéndose ésta; y otro de nulidad parcial de la propia disposición en que se recoja la mejora, cuando la promesa sea de no mejorar y se decida mejorar, en cuyo caso toda la disposición de la mejora, al completo, devendrá ineficaz.

Y en tercer lugar, el Código civil establece (art. 830) que la facultad de mejorar no se podrá dejar en manos de una tercera persona, salvo los supuestos del cónyuge y persona que conviva en análoga situación expresamente recogidos en el propio Código civil (art. 831). De tal forma que cualquier disposición de mejora realizada por un tercero fuera de los supuestos citados o cuando estos no

respeten los límites a ellos otorgados supondrá la nulidad de dicha mejora, en el primer caso, y la reducción hasta los límites legalmente establecidos, en el segundo.

g. La desheredación.- Tal y como viene recogida en el Código civil esta figura va a dar lugar a un caso de nulidad parcial y a otro de anulabilidad parcial.

El primero de ellos es el relativo a aquellos casos en que pese a venir recogida una desheredación en un testamento, testador y desheredado se hubiesen reconciliado. En estos casos la desheredación quedará sin efecto y tendrán que respetarse los derechos del desheredado a la herencia (art. 851 del C.c.) y permanecerá en vigor el resto del testamento en cuanto no afecte a los citados derechos.

El segundo de ellos, recogido en el artículo 851 del mismo cuerpo legal, se refiere a aquellos supuestos en los que la desheredación conlleve algún defecto en cuanto a la causa: que la causa no venga expresada, que no sea probada si es contradicha o que no sea alguna de las expresamente recogidas en el Código civil. Cualquiera de estos casos provocará la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del desheredado, pero manteniéndose en vigor el resto de disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima, tal y como recoge el propio Código civil.

h. Rendimiento de cuentas de los albaceas.- Otro supuesto de nulidad, que lleva aparejada la nulidad parcial del conjunto del testamento es el recogido en el artículo 907 del Código civil referente a las disposiciones del testador contrarias al rendimiento de cuentas de los albaceas, de tal forma que cualquier disposición del testador contraria a que dicho rendimiento se haga de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo será nula de pleno derecho.

B) CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD PARCIAL.

Aunque la nulidad en teoría opera “*ipso iure*” en aplicación del principio “*quod nullum est, nullum habet effectum*”, es decir, que no haría falta para su aplicación el ejercicio de acción de nulidad alguna, toda vez que el negocio mismo llevaría aparejada la ineficacia y, por lo tanto, la ausencia de efectos⁶³², en la práctica puede ocurrir que se establezca o se pretenda establecer sobre la base del negocio nulo una serie de cosas o ejercer algún derecho beneficiándose de la no declaración de nulidad del mismo, toda vez que debe prosperar la presunción “*iuris tantum*” de validez de los negocios. Lo que nos lleva, en la práctica, a tener que ejercer la correspondiente acción de nulidad si se pretende dejar sin efectos reales y prácticos el negocio nulo en cuestión. Esta acción no va encaminada a atacar el negocio en si o sus efectos, que ya faltarían desde el inicio, sino a evitar o destruir la posible apariencia de validez⁶³³. Con este razonamiento puede entenderse que, por lo menos en la práctica, el primer efecto de un negocio nulo, ya lo sea total o parcial, es que se origina el derecho a ejercer la acción de nulidad correspondiente.

En cuanto a los efectos de la nulidad, parcial en este caso, la esencia es que la parte afectada de nulidad no puede producirlos y, por tanto, no produce los que buscó el declarante con su otorgamiento, lo que no evita que pueda tener consecuencias dicho otorgamiento y dicha nulidad. En cualquier caso, lo nulo no podrá afectar a relación jurídica alguna, ni crear una nueva, pero puede dar origen a reclamaciones por daños y perjuicios por responsabilidad, entre otros. Efectos de la

⁶³² Vid. ALBALADEJO (*Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, decimocuarta edición, Editorial Bosch, Zaragoza, 1.995, págs. 433 y ss.) en las que además se recoge numerosa jurisprudencia como: SSTs de 31 de Diciembre de 1.907, de 11 de Diciembre de 1.940, de 29 de Octubre de 1.956, de 22 de Octubre de 1.964, de 10 de Noviembre de 1.964, de 1 de Diciembre de 1.964, de 29 de Enero de 1.965, de 22 de Marzo de 1.969, de 2 de Junio de 1.969, de 13 de Mayo de 1.970, de 1 de Diciembre de 1.971, de 25 de Enero de 1.972, de 7 de Marzo de 1.972, de 31 de Enero de 1.973, de 16 de Abril de 1.973, de 14 de Marzo de 1.974, de 6 de Julio de 1.976, de 30 de Diciembre de 1.976, de 24 de Enero de 1.977, de 28 de Junio de 1.977, de 31 de Abril de 1.978, de 31 de Diciembre de 1.979, de 13 de Junio de 1.982, de 21 de Octubre de 1.982, de 5 de marzo de 1.991, de 14 de Noviembre de 1.991, de 24 de Febrero de 1.992 y de 15 de Junio de 1.994. Asimismo vid. lo que recoge DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., págs. 471 y ss.

⁶³³ En este sentido se pronuncia ALBALADEJO (ob. cit., pág. 434), así como las sentencias allí citadas. También lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 180 y ss.), y las obras allí citadas.

nulidad que sólo encuentran su fin ante los conocidos como terceros de buena fe⁶³⁴.

Podemos encadenar los efectos⁶³⁵, al igual que ocurre en la nulidad total, de la forma siguiente:

1.- No podrán exigirse las obligaciones derivadas de lo que no es válido cuando aún no han sido ejecutadas.

2.- Los efectos que se hayan producido antes de la declaración de nulidad deben ser tenidos por no producidos, ni ser protegidos, salvo que esto sea hecho por aquellos que por desconocer de la existencia de la nulidad lo hagan de buena fe.

3.- Una vez dejado a salvo los efectos producidos con terceros de buena fe, el ordenamiento jurídico establece los medios para la desaparición de los efectos⁶³⁶ producidos por lo nulo, lo que conllevará la restitución de las cosas a su estado original⁶³⁷, a salvo de los que se hubiesen producido contra el causante de la nulidad que permanecerán como sanción a su actuación.

4.- En cuanto un negocio es declarado nulo, su ineficacia se traslada a aquellos negocios que tuvieron lugar en base al nulo, o a la parte que se estima

⁶³⁴ Lo recogen, entre otros: DÍEZ PICAZO (*Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico*, en ADC, 1.961, págs. 832 y ss.); CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 181 y ss.), y la jurisprudencia allí señalada, tales como SSTs de 24 de Marzo de 1.995, de 22 de Julio de 1.997, de 19 de Octubre de 1.998 y de 14 de Febrero de 2.000; así como lo referente a la cancelación del asiento registral (RDGRN de 23 de Agosto de 1.983) y en cuanto a las obligaciones de notarios y registradores (RRDGRN de 19 de Noviembre de 1.985 y de 6 de Noviembre de 1.990).

⁶³⁵ Siguiendo a DIEZ PICAZO lo recoge CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 182 y ss.

⁶³⁶ Debe hacerse constar que la nulidad del asiento registral debe ser declarada expresamente por los tribunales, no se deriva, por tanto, la misma directamente de la nulidad del acto jurídico inscrito, tal y como lo recoge, entre otras, la RDGRN de 5 de Febrero de 1.988.

⁶³⁷ A este respecto se puede entender como aplicable lo establecido para los contratos en el artículo 1.303 del Código civil, entendiéndose que la obligación de restituirse las cosas procede una vez declarada la nulidad, salvo que las partes voluntariamente accedan a dicha restitución, cosa que en la práctica no suele ocurrir. Asimismo, si es imposible dicha restitución se abre la vía de la indemnización como medio de resarcimiento, vid., a este respecto, lo dicho por LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, T. III, Editorial Trivium, Madrid, 1.995, pág. 144.

como nula, es la que se denomina como “*nulidad en cadena*”⁶³⁸.

Debe tenerse en cuenta la disparidad de cláusulas testamentarias que podemos encontrar, por lo que hay que entender que serán diferentes los efectos y consecuencias que produzca la declaración de nulidad en función de la cláusula o cláusulas a las que afecte, por lo que es arriesgado, si no imposible, conseguir abarcar todos ellos.

Hay que destacar que, en principio, la nulidad parcial no va a abrir la sucesión intestada⁶³⁹, ni tiene por qué producir la reviviscencia del testamento anterior revocado por aquel declarado nulo parcialmente, como ocurría en los casos de nulidad total. Lo que produce la nulidad parcial es una conversión o una modificación del propio testamento en que se encuentre la cláusula o cláusulas declaradas nulas, conservando el testamento y el resto de efectos de éste.

La nulidad parcial, por tanto, va a producir sus efectos dentro del ámbito originalmente fijado por el testamento en que se encontraba la cláusula o cláusulas declaradas nulas, limitando estos, de tal manera que los efectos del testamento tendrán que adecuarse a las nuevas características del negocio “*mortis causa*” tras la declaración de nulidad de una de sus partes.

Adecuación que puede producirse por la desaparición de la parte declarada nula o la sustitución o modificación de la misma de conformidad a lo establecido por la ley, ya sea por la reducción, la limitación o la sustitución coactiva de la cláusula⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 183), y la bibliografía allí citada.

⁶³⁹ Puede llegar a abrirla, por ejemplo en el caso de que toda la herencia esté repartida en legados y uno de ellos sea declarado nulo, en cuyo caso debería abrirse la sucesión intestada en cuanto a lo otorgado en dicho legado.

⁶⁴⁰ Lo que vendría derivado del sometimiento a los imperativos legales; lo que lleva aparejada la aplicación preponderante en dichos casos de criterios objetivo-legales, sobre los subjetivos-voluntarios usados por el testador. Como es lógico, dada la limitación que supone a la autonomía de la voluntad del testador esta aplicación coactiva debe ser limitada a aquellos casos en que la imperatividad de las leyes y los intereses generales sean de entidad suficiente. Esta sustitución coactiva debe tener una aplicación excepcional según lo recoge GÓMEZ MARTINHO-FAERNA, ob. cit., pág. 360.

Todo ello con la intención de que el testamento quede en aquella situación en que se hubiese encontrado de haberse otorgado sin la cláusula o cláusulas declaradas nulas, ya sea dando lugar a la representación, a la sustitución, al derecho de acrecer o a la sucesión intestada, según lo que se ajuste a las normas de la sucesión⁶⁴¹.

En cuanto a su inscripción en el registro, aún siendo posible, tiene la limitación de no dar lugar a una inexactitud registral en caso de que desvirtuase el negocio inicial, tal y como lo recoge el artículo 39 de la Ley Hipotecaria⁶⁴².

C) LA DISCUTIBLE CONVALIDACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS PARCIALMENTE NULAS.

La posible convalidación de las disposiciones y, por ende, de los efectos de un testamento nulo, de ser posible⁶⁴³, debe venir encuadrada dentro de la llamada consolidación del testamento nulo. Dicha consolidación consiste, precisamente, en que, por medio de la misma, un testamento que adolece de algún vicio que lo invalidaría o debería invalidar llega a desplegar los efectos que en él se recogen como si careciese de defecto alguno.

A este respecto debe decirse que, en nuestro ordenamiento, rige el principio general “*quod nullum est, nullum producit effectum*”, por lo que, a priori, la nulidad sería un impedimento insalvable a fin de que un negocio jurídico cualquiera pudiese

CRISCUOLI (*La Nullità Parziale...*, cit., pág. 210) niega la posibilidad de que tanto los criterios objetivo-legales como los criterios subjetivos-voluntarios puedan actuar el mismo negocio y respecto de una concreta cláusula. Lo que no impide que sí puedan tenerse en cuenta ambos criterios para solucionar dos problemas distintos de nulidad parcial dentro del mismo negocio, pero refiriéndose a dos porciones negociales nulas diferentes.

⁶⁴¹ Vid. ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y Particiones*, Editorial Reus, Madrid, 1.951, pág. 544.

⁶⁴² A este respecto ver los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario y las RRDGRN de 21 de Noviembre de 1.998, de 18 de Noviembre de 1.986 y de 17 de Marzo de 1.994.

⁶⁴³ En cuanto a la validez de esta figura, como ya habíamos avanzado, LACRUZ (ob. cit., pág. 234, donde se recogen el resto de opiniones doctrinales aquí citadas) recoge que existen dos vertientes doctrinales: a) la de los que afirman la posibilidad del valor de esta confirmación, como es el caso de SERRANO ALONSO; y b) la de la doctrina mayoritaria que niega la validez de esta figura, por entenderla como una mera renuncia a la acción de nulidad, como es el caso de DE CASTRO y CLAVERÍA GOSÁLBEZ.

llegar a producir efecto alguno. De esta manera, en principio, los negocios jurídicos nulos no serían sanables de ninguna manera, ni tan siquiera por convalidación o por el transcurso del tiempo⁶⁴⁴, y así se ha mantenido por la teoría general tradicional⁶⁴⁵.

En cualquier caso, ha quedado demostrado que hasta los negocios nulos pueden llegar a producir algunos efectos, sino de forma directa, cuando menos, sí de forma indirecta o secundaria⁶⁴⁶, lo que supone una excepción a la regla general anteriormente reseñada.

En esta línea, y al tener en cuenta las peculiaridades propias de los testamentos y los principios imperantes en el ámbito específico de estos negocios, como es, por ejemplo, el de *“favor testamenti”*, los testamentos inicialmente nulos pueden llegar, en algunos casos⁶⁴⁷, a producir los efectos en ellos recogidos. Todo ello, a pesar de que el Código civil no recoge de forma expresa las posibilidades de sanación de este tipo de negocio, como, por el contrario, sí hace en el caso de los contratos⁶⁴⁸.

La convalidación por el propio otorgante, en nuestro caso el testador, sería la base de esta figura en cualquier otro negocio. En cambio, en el ámbito testamentario

⁶⁴⁴ D. 50, 17, 29: *“Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest”*.

⁶⁴⁵ A este respecto pueden consultarse, entre otros: ALBADALEJO, *El Negocio...*, cit., págs. 406 y ss.; CASTÁN, *Derecho Civil...*, T. VI, vol. 2º, cit., pág. 452; DE CASTRO, *El Negocio...*, cit., págs. 478 y ss.; o SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., págs. 303 y ss.

⁶⁴⁶ Así lo recoge, por ejemplo, CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 186. También en esta línea se pronuncia SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., pág. 304.

⁶⁴⁷ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 186; y MOSCO, *Principi Sulla...*, cit., pág. 134.

⁶⁴⁸ El Código civil recoge esta materia en ámbito contractual en los artículos 1.309 y ss.

Aunque nuestro ordenamiento sí ha recogido esta materia en el ámbito testamentario con anterioridad, como ocurría en Las Partidas (Partida VI, Título VIII, Ley VI): *“En cualquier manera, que otorgasse, o consentiesse el fijo, o el nieto, en el testamento en el que le ouissen deseredado; así como si le ouissen dexado manda en el, o a su fijo, o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse; o si el fuesse el Abogado, o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuesen en el escritas; o consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas, non podrá después querellarse, para quebrantar el testamento, nin deue ser oído.”*

debemos concluir que no puede concurrir esta figura en la persona del testador⁶⁴⁹ por cuanto nuestro ordenamiento establece expresamente que para cambiar un testamento anterior o para modificar⁶⁵⁰ (convalidar) cualquier disposición de un testamento anterior el causante debe otorgar un nuevo testamento, indistintamente de que en éste se modifiquen o no todas las disposiciones anteriores o sólo alguna y esto, según el propio Código civil, no es una convalidación, aunque produzca los mismos efectos, sino una revocación (arts. 738 y 739 del C.c.).

En esta línea, se ha llegado a plantear⁶⁵¹, si consistiría un supuesto de convalidación por el propio testador el caso de un testamento otorgado bajo intimidación, violencia o dolo, cuando cesa esta situación y el otorgante decide mantener el testamento así otorgado. La respuesta a este supuesto también debe ser negativa, y así lo recoge desde antaño el Tribunal Supremo⁶⁵², que establece que en ningún caso podrá dar vida al testamento anterior, pero sí recoger, si es su deseo, las mismas disposiciones en un testamento nuevo. Tiene sentido esta postura por cuanto el testador, como hemos dicho anteriormente, para convalidar el testamento, conocido su otorgamiento bajo violencia, intimidación o dolo, debe hacer una manifestación de dicha convalidación en un nuevo testamento, lo que, en cualquier caso supondría una revocación. Cuestión distinta es que el otorgamiento bajo la influencia de violencia, dolo o intimidación fuese conocida sólo por el testador, en este caso el testamento también sería nulo, pero desconocida dicha causa de nulidad sería inatacable y, pese a formalmente ser nulo, acabaría produciendo los efectos en él recogidos.

⁶⁴⁹ LACRUZ (*Elementos de...*, T. V, cit., pág. 261), en esta línea, limita esta figura en materia testamentaria al ámbito meramente académico.

⁶⁵⁰ La posibilidad de la existencia de dos testamentos al tiempo es admitida desde hace tiempo, véase a este respecto la RDGRN de 18 de Diciembre de 1.951, donde se admite esta pluralidad aunque siempre y cuando los efectos del segundo sean muy concretos y limitados, es decir, por ejemplo, en cuanto a este punto se refiere, que contenga alguna aclaración del anterior. En cualquier caso, cada uno de dichos testamentos quedará sometido a su propio régimen jurídico, CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit. pág. 189 y la bibliografía allí citada), por lo que incluso la aclaración posterior no subsana el testamento anterior.

⁶⁵¹ Esta teoría la recoge JORDANO BAREA, *Teoría General...*, en *Estudios de Derecho...*, T. I, cit., pág. 458. Y es recogida, más recientemente, por CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 189.

⁶⁵² Así lo recogía la STS de 11 de Junio de 1.953.

A la vista de lo anterior, en este ámbito nos podemos encontrar con dos casos prototípicos de consolidación de un testamento nulo o parcialmente nulo: a) aquellos en que la acción que habría de ejercerse para declarar la nulidad pierda su fuerza⁶⁵³ o razón de ser; y b) aquellos en que los propios sucesores o beneficiarios deciden sanar o tener por bueno el testamento o la parte de éste que pudiera ser tachada de nulidad.

- ***Pérdida de efectos de la acción.***- El caso más evidente en el que un testamento convalidaría sus efectos, de los de este grupo, es el referente a la prescripción de la acción. De esta forma, cuando transcurra el plazo legalmente establecido para el ejercicio de la acción correspondiente ya no se podrá ejercer la citada acción de nulidad y, consecuentemente, el testamento y sus efectos devendrían definitivos, lo que también encuentra su razón de ser en el principio de seguridad jurídica y en el de *“favor testamenti”*, ya que carecería de sentido, en principio, que la posibilidad de ejercer la acción, una vez conocidos los posibles defectos del testamento, permitiese *“sine die”* impugnar un testamento y tener que retrotraer sus efectos, que incluso podrían ya afectar a terceros de buena fe.

A este respecto también se ha defendido por algunos autores⁶⁵⁴ la posibilidad de que se consoliden los efectos de un testamento por el paso del tiempo en los casos de usucapión o prescripción adquisitiva de bienes, siempre y cuando se den los requisitos de buena fe y justo título que recoge el artículo 1.940 del Código civil.

- ***Convalidación por los sucesores y/o beneficiarios.***- Otra de las posibilidades que debe tenerse en cuenta, indistintamente del paso del tiempo, es la renuncia expresa del legitimado al ejercicio de la acción correspondiente. Dicha

⁶⁵³ Para que se de este supuesto, como bien recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit. pág. 187), es necesario que no se estime la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

⁶⁵⁴ A este respecto, vid. CAPILLA RONCERO, ob. cit., págs. 63 y ss.

Sobre la difícil posibilidad de que un testamento que adolece de vicios que en todo o en parte llevan aparejados la nulidad del mismo se consolide pueden verse, entre otras, las SSTs de 26 de Enero de 1.988, de 16 de Abril de 1.990, de 28 de Diciembre de 2.001 y la SAP de Asturias de 11 de Noviembre de 2.005.

renuncia produciría los mismos efectos que los casos anteriores, es decir, que el testamento o la parte de él viciada sería convalidada y los efectos que de él se desprenderían devendrán definitivos, siempre y cuando, obviamente este desistimiento sea hecho por todos aquellos que tuviesen derecho a ejercer la acción y no sólo por alguno de ellos, ya que en este caso el resto de legitimados activamente aún podrían ejercer la misma.

Esta posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción es perfectamente lógica si se tiene en cuenta que tanto la herencia como el legado son renunciables, por lo que no entender como renunciable esta acción carecería de congruencia con el resto de la regulación testamentaria.

Como es lógico, se equipara a la renuncia expresa de la acción el caso de aquellos que expresa o tácitamente hayan reconocido la validez del testamento o la de la parte nula y, por lo tanto, estos tampoco podrán posteriormente ejercer la acción de nulidad, aunque lo intentasen, ya que en estos casos deberían quedar sometidos por la teoría de los actos propios⁶⁵⁵ y carecerían de legitimación para el ejercicio de la misma.

Esta renuncia a la acción o reconocimiento de validez no supone una convalidación "*stricto sensu*" del testamento viciado, de hecho, debe entenderse no como una sanación del testamento en cuanto a su estructura interna viciada, sino un acuerdo de que, pese a dichos vicios, se lleven a cabo los efectos fijados en el mismo de conformidad a lo en el testamento en cuestión dispuesto, es decir, no se subsana la nulidad, pero se borran los efectos que la misma provocaría. A favor de esta conservación de los efectos están tanto razones prácticas como los principios "*favor*

⁶⁵⁵ En cuanto a esta teoría se pueden ver, entre otras, las SSTS de 26 de Noviembre de 1.901, de 28 de Febrero de 1.906, de 11 de Febrero de 1.929, de 15 de Marzo de 1.951, de 30 de Abril de 1.960, de 24 de Octubre de 1.963, de 28 de Julio de 1.986, de 16 de Febrero de 1.988, de 3 de Noviembre de 1.990 y de 5 de Noviembre de 2.009. También se pueden ver en cuanto a la teoría de los actos propios en general las SSTS de 10 de Julio de 1.997, de 7 de Febrero de 1.995, de 30 de Mayo de 1.995, de 30 de Octubre de 1.995, de 16 Febrero de 2.005, de 27 Septiembre de 2.005, de 14 de Octubre de 2.005, de 28 Octubre de 2.005, de 8 Noviembre de 2.005 y de 26 de Enero de 2.006, ya citadas.

negotii” y “*favor testamenti*”.

Como es lógico, esta forma de llevar a efecto un testamento o la convalidación del mismo así entendida, puede referirse tanto a un testamento en su conjunto como tratarse de una *convalidación parcial*.

En cuanto a esta segunda, en principio, la parcialidad puede referirse tanto a que sólo se refiere la convalidación a una parte del negocio “*mortis causa*” o a que el testamento viciado sólo sea convalidado por una parte de los sucesores.

En el primer caso también nos encontramos con dos posibilidades, a) que sólo una parte del testamento esté viciado y sea esa parte la que todos los legitimados decidan sanar, manteniendo sus efectos y acordando renunciar a la acción correspondiente; y b) que esté viciado todo el testamento y que los sucesores sólo decidan mantener los efectos de una parte o cláusula concreta, reservándose la acción de nulidad respecto del resto.

En el segundo supuesto nos encontramos ante el caso de que sólo algunos de los sucesores convaliden el testamento o renuncien a la acción⁶⁵⁶. En este caso los efectos de esta convalidación son limitados y sólo a ellos afectan, y a los posibles terceros que en base a esa supuesta convalidación hayan actuado. Esto es así, toda vez que el resto de sucesores legitimados conservará su derecho a ejercer la acción de nulidad y la resolución judicial, que en su caso, se dicte será aplicable a todos los sucesores, indistintamente de que renunciasen a la acción o no. A la vista de esto, ejercida la acción de nulidad y declarado nulo el testamento aquellos que lo convalidaron y se comprometieron a llevar a cabo sus efectos se pueden ver obligados a cumplir los mismos o a responder por daños y perjuicios en caso de no

⁶⁵⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*La Sanatoria Excepcional de Disposiciones Testamentarias en el Derecho Español*, en RDP, 1.977, pág. 645) o DE SIMONE, M. (*La Sanatoria del Negozio Giuridico Nullo*, Editorial Pallerano, Nápoles, 1.946, pág. 194), con el que coincidimos, no contempla como una posibilidad de convalidación parcial la hecha sólo por algunos de los sucesores. En sentido contrario se pronuncian GULLÓN BALLESTEROS, A. (*La Confirmación*, en ADC, 1.960, pág. 1.209), CAPILLA RONCERO (ob. cit., pág. 83) o PASETTI, G. (*La Sanatoria per Conferma del Testamento e Della Donazione*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.953, pág. 177).

poder cumplir dichos efectos⁶⁵⁷. No tratándose, por tanto, este último caso de una convalidación como tal.

D) CRITERIO DE LOS ESCASOS FALLOS JURISPRUDENCIALES Y RESOLUCIONES SOBRE LA NULIDAD PARCIAL DEL TESTAMENTO.

a) Fallos jurisprudenciales.

Hasta la fecha, como hemos venido destacando, los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de la aplicación de la nulidad parcial en el ámbito sucesorio son bastante escasos, de hecho tampoco son especialmente abundantes estos pronunciamientos en cuanto a la aplicación de la nulidad parcial en otros ámbitos. A nuestro modo de ver, la escasez de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta figura no puede deberse a una ausencia de relevancia jurídica de la citada figura, ya que sí es usada por nuestros tribunales, aunque no siempre haciendo expresa mención a su denominación formal, sino más bien a lo restrictivo de los requisitos establecidos para acceder al recurso de casación⁶⁵⁸ o al desconocimiento de la posibilidad de llegar a conservar parcialmente un testamento⁶⁵⁹.

El escaso número de resoluciones sobre el tema puede llevarnos al problema de ver si podemos considerar que realmente existe o no una doctrina jurisprudencial propiamente dicha a este respecto, vinculante para todas las instancias, o sencillamente una serie de pronunciamientos hechos de una manera más o menos incidental o accesorio que abren el camino a los tribunales y jueces de instancia para la aplicación de esta figura, pero sin llegar a vincularles formalmente.

⁶⁵⁷ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (*La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 192 y ss.). Para mayor abundamiento sobre este apartado se puede consultar la extensa bibliografía allí citada.

⁶⁵⁸ Dichos motivos vienen tasados en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y son exclusivamente: a) para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excluyendo los recogidos en el artículo 24 de la Constitución; b) cuando la cuantía del procedimiento exceda de ciento cincuenta mil euros; c) cuando la resolución del recurso presente interés casacional.

⁶⁵⁹ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., pág. 195.

En cuanto a las sentencias que se pronuncian sobre el tema nos remitimos a las recogidas a lo largo de este trabajo.

b) Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

La Dirección General de Registros y del Notariado, por su parte, ya dejó resuelta la materia sobre la posible inscripción de aquellos títulos sucesorios que adoleciesen de algún grado de nulidad, ya fuese total o parcial⁶⁶⁰. A este respecto deben destacarse, especialmente, dos resoluciones de principios del siglo XX, desde las cuales la postura de la Dirección General de Registros y del Notariado se ha mantenido prácticamente constante en esta materia.

La primera de ellas, de 26 de Septiembre de 1.904, hace referencia a la inscripción de un testamento total o parcialmente nulo, y llega a la conclusión que esta materia excede a las competencias de los Registradores y que para apreciar la nulidad en cualquiera de sus grados y, consecuentemente, no poder inscribir el documento y sus efectos es necesaria la previa declaración de nulidad por los tribunales. Y así recoge literalmente:

“... que sólo a los interesados cumple suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez, más que en el caso de haberse cometido un delito de falsedad, estafa, falso testimonio u otro de los que dan lugar a procedimiento de oficio.”

Y continúa diciendo que:

“... son de índole tan especial las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento, que por regla general no puede

⁶⁶⁰ Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La Nulidad Parcial...*, cit., págs. 212 y ss.

decirse a priori que éste es nulo, ya que aún de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si le adornan todos los requisitos legales.

De tal forma continua afirmando que:

“... de lo expuesto lógicamente se infiere que en materia de testamentos, las faltas que los invalidan no engendran necesariamente su nulidad, único supuesto en que se da la falta insubsanable con las consecuencias jurídicas que establece el artículo 65 de la Ley hipotecaria.

Y dado lo cual concluye que lo dicho:

“... no desvirtúa toda esta doctrina el general y absoluto precepto del artículo 687 del Código civil, dictado para los tribunales de justicia, que a su tenor han de fallar a posteriori, o sea previa reclamación de parte interesada, y en vista del texto legal que se reputa infringido, mas no para el registrador de la propiedad, que no puede rechazar a priori un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarle como válido, lo cual excluye el concepto de necesariamente nulo, al no del defecto insubsanable.”

La segunda de las resoluciones a la que hacíamos referencia es la de 30 de Junio de 1.910. Esta resolución hace más hincapié en la propia nulidad parcial, y señala:

“Que conforme a lo declarado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895 y 2 de julio de 1904, la nulidad de las instituciones hereditarias que establece el artículo 814 del Código civil por la preterición de algún heredero forzoso en línea recta alcanza a las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima del heredero

preterido, quedando subsistentes las demás disposiciones, careciendo, por consiguiente, de validez las respectivas particiones únicamente en cuanto no reconozcan o perjudiquen los derechos de tales herederos.

Que el citado artículo 814, en relación con los 817 y 1080 del mismo Código civil, y de las mencionadas declaraciones doctrinales, dedúcese por tanto, que la nulidad que dicho artículo establece tiene lugar y pueden acordarla los Tribunales a instancia de parte legítima, cuando los instituidos herederos pretenden sostener la institución hereditaria, pero cuando lejos de ser así, reconocen el derecho de los herederos preterido y, de acuerdo con éstos, se adjudican a los mismos la porción que legítimamente les corresponde, no cabe rechazar desde luego la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poderse conceder validez legal al testamento que la origina, tanto más cuanto que, conforme a los principios consignados también en las Sentencias de 27 de junio y 3 de diciembre de 1907, las particiones de herencia aprobadas por todos los interesados en las mismas, constituyen entre ellos un vínculo jurídico inalterable, mientras no sean jurídicamente rescindidas.

Que aplicando dichos preceptos y resultando que las operaciones de partición y adjudicación otorgados por los cantadores nombrados por el testador con la concurrencia e intervención de los hijos legitimados de éste, instituidos herederos en su testamento, y de los representantes de los hijos naturales del mismo, se ha reconocido a éstos la parte legitimaria que les corresponde con arreglo a lo prevenido en los artículos 807 y 840 del repetido Cuerpo legal, a pesar de no haber sido llamados a la herencia en dicho testamento, haciéndoles la consiguiente adjudicación de bienes, no es procedente la negativa de inscripción fundada en la nulidad de ésta, como se consigna en la nota del Registrador, sin que pueda admitirse el aserto de que no existe título de transmisión para los efectos hipotecarios, puesto que lo es el testamento para los instituidos por el causante y respecto a los no llamados lo es también la escritura de adjudicación, en la que, con la

conformidad de aquéllos, se transmite a éstos la porción hereditaria a que tienen derecho, con arreglo a los citados preceptos legales.”

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una determinación clara de lo que debe entenderse por ineficacia e invalidez, así como del contenido y alcance de las mismas. Las teorías de la invalidez y de la ineficacia, en lo que a los negocios jurídicos se refiere, son bastante discrepantes, incluso en lo relativo a la terminología usada y al contenido adecuado de las mismas. La fina línea que separa unas de otras hace muy difícil que la doctrina llegue a un acuerdo para determinar una definición o sistema unitario que englobe todas y cada una de estas figuras con un significado y unos efectos claros y unívocos.

En cualquier caso, ya que ambas figuras pueden llegar a coincidir en un mismo negocio aunque no siempre es así, debido a que en principio, todo contrato inválido es ineficaz pero no todo contrato ineficaz es inválido, es importante llevar a cabo esta distinción conceptual.

II

Cuando un negocio es nulo, no crea verdadera vinculación entre las partes (*"quod nullum est, nullum producit effectum"*), de tal forma que realmente no surgen las obligaciones. En cualquier caso, aunque carezca de efectos contractuales, del negocio nulo pueden derivarse otras consecuencias jurídicas, como puede ser la obligación de reparar del daño causado.

La nulidad de un negocio puede ser total o parcial, toda vez que cualquier negocio es una reglamentación de una situación jurídica concreta y está compuesto de diversas reglas de conducta de contenido preceptivo, y la nulidad puede afectar a la totalidad del conjunto de reglas o tan sólo a una o algunas de ellas. La nulidad

parcial tiene su base en el principio de conservación de los contratos y en la máxima que sostiene que lo inválido no puede viciar lo válido (*“utile per inutile non vitiatur”*). Dentro del ámbito del Derecho positivo, tiene su campo propio de aplicación con numerosos casos que recogen su aplicación y con una gran utilidad práctica. Es una forma de salvar la intención práctica de las partes, para que su voluntad no resulte completamente frustrada.

En cuanto a la extensión de los efectos de la nulidad y la propagación de la ineficacia a otros negocios, a falta de precepto legal expreso, parece razonable considerar que la nulidad de lo principal acarrea la de lo accesorio, mientras que la nulidad de lo accesorio no debería afectar la de lo principal. De esta manera, a fin de determinar la extensión de la nulidad, habrá que atender al propósito negocial concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe.

III

La utilidad y la vigencia de la figura de la nulidad parcial son admitidas en los ordenamientos de nuestro entorno, aunque con matices distintos en cada uno de ellos.

En el Derecho alemán, la regla general dentro del Derecho sucesorio determina que la nulidad parcial prevalezca (§ 2.085 del BGB), de tal forma que la nulidad total va a ser la excepción, que sólo se aplicará en aquellos casos en que se demuestre que el testador no hubiese querido el negocio testamentario sin la parte nula; al contrario de lo que ocurre para el resto de negocios jurídicos, en los que la regla general será la nulidad total (§ 139 del BGB.) cuando una parte del negocio sea nula, salvo que se demuestre que éste se hubiera celebrado igualmente sin la parte nula. Lo mismo ocurre en el ordenamiento italiano, que establece que en el ámbito testamentario, por aplicación analógica del artículo 1.419 del Código civil italiano relativo a los contratos, la norma general es la nulidad parcial y la excepción la total.

En Francia, sin haber una norma determinante, debemos estar a cada caso concreto, aunque entendemos que la preferencia debe ser por la nulidad parcial, intentando que la parte nula no afecte al resto del negocio testamentario, al tratarse éste de un negocio complejo. En el Derecho anglosajón también encuentra cabida la figura de la nulidad parcial, aunque con unos límites más difusos, debido a su base en la casuística y los antecedentes, por lo que entendemos que también habrá de estarse al caso en concreto. El Derecho suizo recoge asimismo esta figura, y se decanta por la preeminencia de la nulidad parcial sobre la total, siempre desde el respeto a la voluntad del otorgante.

IV

En los Derechos forales la regulación de la nulidad no es homogénea. El Derecho aragonés, no sólo diferencia expresamente entre nulidad total y nulidad parcial (arts. 423 y 424 del Código del Derecho Foral de Aragón), sino que, además, establece la limitación de esta materia en el Derecho común y la necesidad de acudir a lo normalizado en sede contractual para rellenar las lagunas actuales. El Derecho balear no disciplina expresamente esta materia, pero debe entenderse que admite la existencia de la nulidad parcial, por cuanto regula diversos supuestos en que se aplica (arts. 16 y 17 de la Compilación Balear). El artículo 422-5 del Código civil de Cataluña regula expresamente la figura de la nulidad parcial en el ámbito testamentario, al establecer que la nulidad de cualquier disposición no afectará al resto del testamento, salvo que esta hubiese sido la voluntad del testador. Y el artículo 422-6 continúa en esta línea, al admitir dos hipótesis de conversión de testamento (en codicilo o testamento ológrafo) cuando el testamento original fuese nulo en los términos establecidos en dicho precepto. La Compilación Navarra también recoge expresamente la figura de la nulidad parcial en el apartado b) de su Ley 207, donde reglamenta el alcance y los límites de la misma. También contempla algún otro supuesto de nulidad parcial a lo largo de su texto (Ley 201, párrafo primero). El Derecho Civil foral Vasco no aporta regulación alguna a este respecto, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en el Derecho común.

V

Nuestro Código civil carece de una regulación específica sobre la ineficacia testamentaria, aunque aparentemente la Sección X, del Capítulo I, del Título III, del Libro III, llamada *“De la revocación e ineficacia de los testamentos”*, nos quiera hacer pensar lo contrario. Dicha reglamentación se limita al artículo 743, que nos remite a lo expresamente prevenido en el Código civil en cada caso concreto y al artículo 675 párrafo segundo, que también se refiere a la nulidad.

La citada falta de normativa específica nos obliga a ir desgranando el régimen de la ineficacia testamentaria de los casos concretos recogidos en el Código civil y de la jurisprudencia (que incluso abre las causas de ineficacia testamentaria a todos aquellos supuestos que hagan inconciliable la validez de los testamentos con las normas y requisitos necesarios, precisamente, para la validez y eficacia de los testamentos, aunque no vengan establecidos expresamente en el Código civil) y a llegar a plantearnos cuál debe ser el medio más adecuado para subsanar las lagunas que nos encontramos en esta materia.

VI

Parece lógico que sea precisamente en la regulación de los contratos, donde se pueden encontrar los orígenes de las citadas categorías, a donde se acuda para poder completar la ausencia de regulación propia y específica de la ineficacia testamentaria, indistintamente de que se entiendan los testamentos como un negocio jurídico especial o como algo distinto a ellos. En cualquier caso, lo que no puede hacerse es aplicar de forma global y general la doctrina referente a la invalidez de los contratos en su conjunto al ámbito testamentario ya que habrán de respetarse, en este ámbito, las peculiaridades y características propias de los testamentos. Hasta que se regule de forma específica la ineficacia testamentaria, a la averiguación del verdadero significado de las palabras empleadas por el testador le son de aplicación muchas de las normas de interpretación de los contratos (arts.

1.281 y ss. del C.c.), en concreto, todas aquellas que van dirigidas a averiguar la voluntad real del proferente sin tener en cuenta los intereses del destinatario de la declaración, pero siempre con el matiz de salvaguardar las peculiaridades testamentarias.

VII

Es discutida la posibilidad de aplicación de la anulabilidad a los testamentos. Lo que es evidente es que, en la práctica, indistintamente de la postura tomada, hay supuestos en que para que se produzca la declaración de nulidad/anulabilidad y ésta produzca verdaderos efectos, es necesaria la intervención de aquel que conoce la concurrencia del vicio y que tiene la capacidad para ejercer la acción, de tal forma que si éste no actúa o no hace público dicho vicio el testamento acabará produciendo efectos.

VIII

Las causas de nulidad del testamento pueden resumirse, de forma genérica, en: a) aquellas producidas por la falta de capacidad necesaria del testador o la falta de capacidad necesaria para recibir por testamento; b) estar viciada la voluntad del testador o no ser lícita la causa para testar; c) no haberse adoptado adecuadamente o no haberse respetado las formalidades esenciales para testar o del testamento legalmente establecidas; d) una serie de motivos concretos, al producirse la violación de algunas de las normas imperativas propias del Derecho sucesorio.

Con los avances técnicos producidos no tiene sentido que el Código siga recogiendo como causas de nulidad absoluta aquellas relativas a las limitaciones físicas, como, por ejemplo: la de los ciegos para otorgar testamento cerrado, ya que perfectamente podrían otorgar un testamento cerrado válido en escritura braille; o la de no otorgar ningún tipo de testamento a los sordomudos que no sepan leer ni

escribir, que entendemos que tampoco tiene sentido alguno actualmente, siempre y cuando el testador sea capaz de comunicarse mediante la lengua de signos. En este último caso la fe pública notarial queda muy debilitada, ya que el notario no puede asegurar a ciencia cierta ni la capacidad ni el verdadero contenido de la declaración de última voluntad del testador al no poder hablar directamente con el testador y necesitar de un intermediario/intérprete, pero lo mismo ocurre con cualquier testamento otorgado en lengua extranjera y estos vienen amparados por nuestro Código civil. Esta limitación, además, quedaría resuelta si el notario conociese el lenguaje de signos, lo mismo que ocurriría si conociese la lengua extranjera empleada por el testador.

IX

El testamento puede contener diversos pactos, cláusulas o disposiciones, que originan una variedad de derechos y/u obligaciones. De esta forma, en buena lógica, puede darse el caso de que sólo una parte del mismo sea conforme a Derecho, mientras que otra sea contraria al ordenamiento. Si bien el Código civil no establece una regla general, abre la puerta a la nulidad parcial en el artículo 743 y, además, recoge en diversos artículos que la nulidad de una parte de un negocio jurídico no afectará a la posible validez del mismo en su conjunto.

Esta aplicación de la nulidad parcial tiene su origen en el brocardo latino *“utile per inutile non vitiatur”*, que se cimienta en que nada justifica que cuando se ha querido una pluralidad de efectos o resultados, aquel que por sí mismo sea válido deba dejar de serlo por el mero hecho de que otro no lo sea. Además, la propia práctica, en la que la figura de la nulidad parcial tiene gran relevancia, también nos obliga a reconocer la existencia de la misma.

X

Es manifiesta la íntima relación existente entre el proceso interpretativo y la problemática de la nulidad parcial. En cualquier caso, el origen común no nos va a llevar inevitablemente a que las conclusiones en uno y otro caso sean las mismas, aunque sí nos puede ayudar en la búsqueda de las soluciones propias aplicables a la nulidad parcial del testamento. En el caso de la nulidad parcial del testamento, ante el planteamiento de criterios dispares, es necesario buscar el objetivo realmente perseguido en el otorgamiento. La ausencia de una regulación normativa extensa conlleva la necesidad de que se acuda, precisamente, a las reglas interpretativas a la hora de determinar este fin, con tendencia a mantener el negocio siempre que el objeto práctico perseguido en origen siga siendo obtenible con la parte persistente del mismo.

Las normas interpretativas son la base de partida de la nulidad parcial. Esta solución no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino que en aquellos en que sí tienen normas relativas a la nulidad parcial también se ven obligados a acudir a este recurso de las reglas hermenéuticas de una forma u otra, lo que lleva a que la nulidad parcial dependa en parte de la posible interpretación que se pueda hacer del negocio en cuestión, con las consecuencias y problemas que la parcialidad del intérprete pueda ocasionar.

XI

La nulidad parcial es un reflejo del principio *“utile per inutile non vitiatur”*, que, a su vez, forma parte del principio general de conservación del negocio jurídico que impera en nuestro ordenamiento jurídico, con aplicaciones más allá del Derecho civil. Esto no debe llevarnos a pensar que el citado apotegma explique por sí sólo la nulidad parcial, ya que, en última instancia, que la parte válida se mantenga como tal dependerá de la voluntad de las partes. Reflejo de esta relación es el hecho de que el uso en la práctica de la nulidad parcial es una circunstancia aceptada ya desde la

primera fase del periodo clásico, también en el ámbito testamentario.

La nulidad parcial requiere, para su materialización, la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: a) que se produzca la nulidad o invalidez de una parte de un todo; b) que el todo sea divisible; c) que el negocio jurídico resultante tenga entidad propia y satisfaga de forma suficiente y equilibrada los intereses de las partes; y d) que las partes quieran que se produzca dicha nulidad parcial. Estos presupuestos no pueden tenerse en cuenta de forma individualizada y excluyente, sino que todos y cada uno de ellos son capaces de impedir la aplicación de la nulidad parcial, de tal forma que todos constituyen una unidad y responden a una realidad: a la técnica jurídica de la conservación de los actos y negocios jurídicos, a pesar de la nulidad de alguna o algunas de sus partes.

XII

Aunque la nulidad, en teoría, opera "*ipso iure*", es decir, que no haría falta para su aplicación el ejercicio de acción de impugnación alguna, en la práctica puede ocurrir que se establezca o se pretenda establecer sobre la base del negocio nulo una serie de consecuencias o ejercer algún derecho beneficiándose de la no declaración de nulidad del mismo, toda vez que debe prosperar la presunción "*iuris tantum*" de validez de los negocios. De esta forma, en cuanto a la aplicación de la nulidad parcial en la práctica diaria, el primer efecto de un negocio parcialmente nulo radica en que se origina el derecho a ejercer la acción de nulidad correspondiente. En cualquier caso, lo nulo no puede afectar a relación jurídica alguna, ni crear una nueva, pero puede dar origen a reclamaciones por daños y perjuicios por responsabilidad, que sólo encuentran su fin ante los conocidos como terceros de buena fe.

En cuanto a los efectos propiamente dichos de la nulidad parcial, podemos advertir que son: a) no podrán exigirse las obligaciones derivadas de lo que no es válido cuando aún no han sido ejecutadas; b) los efectos que se hayan producido

antes de la declaración de nulidad deben ser tenidos por no producidos, y no ser protegidos, salvo que esto sea hecho por aquellos que, por desconocer la existencia de la nulidad, lo hagan de buena fe; c) han de restituirse las cosas a su estado original, salvo las que se hubiesen producido contra el causante de la nulidad, que permanecerán como sanción a su actuación; d) su ineficacia se traslada a aquellos negocios que tuvieron su origen o fundamento en la parte nula.

XIII

Si bien la regulación de la nulidad parcial en materia testamentaria es muy escasa lo cierto es que son numerosos los supuestos en que el propio Código civil hace uso de la aplicación de la misma en este ámbito. Dentro de estos caben destacarse de forma general, por ser los que consideramos más importantes o que se dan de forma más común en la práctica, los relatados a continuación.

- Falta de la capacidad necesaria.- El caso prototípico es la incapacidad del sucesor (incapacidades relativas, indignidad, etc.) aunque nos podemos encontrar, de forma puntual y excepcional, con casos de nulidad parcial por incapacidad del testador, debido al carácter personalísimo del testamento.

- Vicios en la voluntad.- Dentro de estos podemos diferenciar, por un lado la violencia, el dolo y el fraude, cuya concurrencia en disposiciones concretas pero no en todo el conjunto del testamento, al menos en el ámbito teórico, debería abrir las puertas a la nulidad parcial, con los problemas que ello puede tener en sede práctica; y, por otro lado, el error, que aunque no viene regulado expresamente en el Código civil su aplicación en el ámbito testamentario tiene perfecta cabida como causa de nulidad parcial.

- Defecto formal.- Existen diversos supuestos en que puede concurrir la nulidad parcial por motivos de la forma. En lo que se refiere al testamento cerrado: a) la parte escrita a máquina cuyas hojas no estén firmadas será nula; b) cuando el testador no

sepa leer ni escribir y falte la firma de la persona que deba hacerlo a su ruego en alguna o algunas de las hojas, entendemos que dicha hoja devendrá nula, así como las disposiciones que tengan parte de su contenido en la misma; c) las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que no se encuentren salvadas por la firma del testador serán nulas. En cuanto al testamento ológrafo: a) la parte no escrita por el propio testador será nula; y b) las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que no se encuentren salvadas por la firma del testador serán también nulas. En los supuestos de remisión a documentos ajenos al testamento: cuando estos sean nulos afectarán a aquella cláusula que a ellos se remitan.

- Causa.- Admitida la posibilidad de que concurran diversas causas en una disposición testamentaria es evidente que debemos admitir que la nulidad parcial también tiene cabida por razón de la causa. El propio Código civil establece diversos supuestos en los que una cláusula o una parte de ella no valdrá precisamente por este motivo. Así, la institución de heredero o el nombramiento de legatario dejarán de surtir efectos en aquellos casos en que la causa sea falsa y el testador no hubiese ordenado dicha disposición en el caso de conocer la falsedad. Y, como peculiaridad del testamento, también se producirá la nulidad de una cláusula por no existir la causa en el momento de abrirse la sucesión.

- Violación de algunas de las normas imperativas propias del Derecho sucesorio.- Dentro del ámbito sucesorio propiamente dicho, el Código civil recoge diversos supuestos cuya contravención lleva aparejada la sanción de la nulidad parcial. En cuanto a la nulidad de los elementos accidentales del testamento, condición término y modo: el Código civil las admite dentro del ámbito testamentario, así como la nulidad derivada de las mismas, ya sea porque éste las regula de forma expresa, ya porque las recoge de forma implícita a lo largo de los artículos dedicados a la sucesión "*mortis causa*". La condición incluso puede dar lugar a casos de nulidad parcial dentro de la propia cláusula en que se encuentre. En lo que se refiere la preterición de legitimarios, indistintamente de a quien afecte nos encontraremos ante casos de nulidad parcial testamentaria. En lo que a los legados respecta: la nulidad de un legado no debe extenderse al resto del testamento, lo que deja abierta la puerta a la nulidad parcial

testamentaria en lo que a esta figura se refiere; pero además, en sede de legados cabe la nulidad parcial del propio legado, cuando lo legado supere lo legalmente establecido, cuando los bienes de la herencia no alcanzasen a cubrirlos o cuando afecte a bienes que ya son propiedad del legatario. En lo que atañe a las disposiciones contrarias a la reserva: aquellas disposiciones que se recojan en el testamento que minoren o perjudiquen de algún modo este derecho deberán ser entendidas como nulas, no afectando esa nulidad al conjunto del testamento. En cuanto a la nulidad de cláusulas concretas: El Código civil recoge expresamente algunas cláusulas o disposiciones que serán nulas de pleno derecho, en cualquier caso, cuando se recojan en un testamento, otras que podrán llegar a ser nulas, pero que, en ningún caso afectarán al resto de lo dispuesto en él y otras que, por el contrario, siempre tendrán validez, pese a que se declare la nulidad del resto del testamento, como es el caso del reconocimiento de un hijo.

Entre las cláusulas o disposiciones que el Código civil establece como nulas podemos citar: las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales; la institución hecha a favor de un establecimiento público bajo condición o gravamen, que no será nula por sí misma, pero para que pueda ser válida necesitará de un requisito externo al testamento, como es la aprobación del Gobierno, que en caso de no producirse hará que esa disposición concreta devenga nula; la disposición hecha a favor de persona incierta; las sustituciones nulas; el gravamen de la legítima; en referencia a la mejora, el Código civil establece diversos supuestos que se pueden encajar dentro de la nulidad parcial testamentaria, como puede ser cualquier gravamen que se imponga sobre ella, salvo que sean los que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes, cuando se haya hecho una promesa de mejorar o de no mejorar tanto en escritura pública como en capitulaciones matrimoniales la disposición que se recoja en el testamento en contra de esta promesa será nula, o cualquier disposición de mejora realizada por un tercero fuera de los supuestos legalmente establecidos o cuando estos no respeten los límites a ellos otorgados; la desheredación, también va a dar lugar a un caso de nulidad parcial, en aquellos casos en que pese a venir recogida una desheredación en un testamento, testador y desheredado se hubiesen reconciliado; en el ámbito del rendimiento de cuentas de los albaceas, toda disposición del testador contraria a que

dicho rendimiento se haga de conformidad con lo dispuesto en el Código civil será nula de pleno derecho.

XIV

En principio, la nulidad parcial no va a generar la apertura de la sucesión intestada, ni va a producir la reviviscencia del testamento anterior revocado por aquel declarado nulo parcialmente, como ocurría en los casos de nulidad total. Lo que provoca la nulidad parcial es una conversión o una modificación del propio testamento en que se encuentre la cláusula o cláusulas declaradas nulas, conservando el testamento y el resto de efectos de éste. La nulidad parcial, por tanto, va a desplegar sus efectos dentro del ámbito originalmente fijado por el testamento en que se encontraba la cláusula o cláusulas declaradas nulas, y va a limitar sus efectos.

La adecuación del testamento parcialmente nulo puede producirse por la desaparición de la parte declarada nula o la sustitución de la misma de conformidad a lo establecido por la ley, ya sea por la reducción, la limitación o la sustitución coactiva de la cláusula.

XV

Aunque la nulidad pueda presentarse como un impedimento insalvable, si tenemos en cuenta las peculiaridades propias de los testamentos y los principios imperantes en el ámbito de estos negocios, los testamentos inicialmente nulos pueden llegar, en algunos casos, a producir los efectos en ellos recogidos. La convalidación por el propio testador obviamente no puede existir, si puede realizar éste una revocación.

Los dos casos paradigmáticos de consolidación de un testamento nulo o

parcialmente nulo son: aquel en el que la acción que habría de ejercerse para declarar la nulidad pierda su fuerza o razón de ser (para que se de este supuesto de forma genérica es necesario que no se estime la imprescriptibilidad de la acción de nulidad), y aquel en el que los propios sucesores o beneficiarios deciden, en su caso, sanar o tener por bueno el testamento o la parte de éste que pudiera verse afectada por una causa de nulidad.

ANEXO I

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

• SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 26 de Abril de 1.861.
- STS de 26 de Mayo de 1.876.
- STS de 6 de Abril de 1.879.
- STS de 7 de Abril de 1.892.
- STS de 18 de Abril de 1.892.
- STS de 10 de Mayo de 1.892.
- STS de 20 de Febrero de 1.893.
- STS de 19 de Febrero de 1.894.
- STS de 23 de Marzo de 1.894.
- STS de 8 de Mayo de 1.894.
- STS de 8 de Noviembre de 1.895.
- STS de 31 de Enero de 1.896.
- STS de 11 de Junio de 1.897.
- STS de 10 de Mayo de 1.898.
- STS de 11 de Mayo de 1.898.
- STS de 17 de Noviembre de 1.898.
- STS de 7 de Diciembre de 1.899.
- STS de 26 de Noviembre de 1.901.
- STS de 6 de Marzo de 1.902.
- STS de 20 de Marzo de 1.902.
- STS de 8 de Julio de 1.902.
- STS de 18 de Enero de 1.904.
- STS de 18 de Abril de 1.904.
- STS de 23 de Noviembre de 1.904.
- STS de 4 de Diciembre de 1.904.
- STS de 12 de Julio de 1.905.
- STS de 15 de Julio de 1.905.
- STS de 28 de Febrero de 1.906.
- STS de 26 de Junio de 1.907.
- STS de 6 de Diciembre de 1.907.
- STS de 31 de Diciembre de 1.907.
- STS de 15 de Febrero de 1.908.
- STS de 28 de Febrero de 1.908.
- STS de 9 de Marzo de 1.908.
- STS de 14 de Octubre de 1.908.
- STS de 6 de Marzo de 1.909.

- STS de 30 de Abril de 1.909.
- STS de 15 de Diciembre de 1.920.
- STS de 30 de Noviembre de 1.909.
- STS de 11 de Enero de 1.922.
- STS de 10 de Mayo de 1.910.
- STS de 7 de Junio de 1.923.
- STS de 15 de Febrero de 1.911.
- STS de 3 de Julio de 1.923.
- STS de 8 de Octubre de 1.912.
- STS de 25 de Abril de 1.924.
- STS de 22 de Enero de 1.913.
- STS de 29 de Abril de 1.924.
- STS de 27 de Mayo de 1.913.
- STS de 25 de Octubre de 1.924.
- STS de 28 de Mayo de 1.914.
- STS de 30 de Mayo de 1.925.
- STS de 6 de Julio de 1.914.
- STS de 5 de Junio de 1.925.
- STS de 18 de Noviembre de 1.915.
- STS de 23 de Octubre de 1.925.
- STS de 27 de Noviembre de 1.915.
- STS de 27 de Octubre de 1.925.
- STS de 15 de Enero de 1.916.
- STS de 2 de Diciembre de 1.925.
- STS de 11 de Abril de 1.916.
- STS de 2 de Marzo de 1.926.
- STS de 8 de Julio de 1.916.
- STS de 5 de Octubre de 1.926.
- STS de 12 de Octubre de 1.916.
- STS de 29 de Octubre de 1.926.
- STS de 29 de Noviembre de 1.916.
- STS de 25 de Octubre de 1.926.
- STS de 8 de Enero de 1.918.
- STS de 20 de Noviembre de 1.926.
- STS de 10 de Julio de 1.918.
- STS de 24 de Febrero de 1.927.
- STS de 5 de Noviembre de 1.918.
- STS de 14 de Marzo de 1.927.
- STS de 17 de Diciembre de 1.918.
- STS de 30 de Marzo de 1.927.
- STS de 28 de Diciembre de 1.918.
- STS de 21 de Junio de 1.927.
- STS de 14 de Junio de 1.920.
- STS de 1 de Noviembre de 1.927.
- STS de 12 de Noviembre de 1.920.
- STS de 1 de Diciembre de 1.927.

- STS de 12 de Diciembre de 1.927.
- STS de 11 de Enero de 1.928.
- STS de 18 de Abril de 1.928.
- STS de 18 de Junio de 1.928.
- STS de 20 de Junio de 1.928.
- STS de 30 de Junio de 1.928.
- STS de 25 de Octubre de 1.928.
- STS de 18 de Diciembre de 1.928.
- STS de 28 de Diciembre de 1.928.
- STS de 1 de Febrero de 1.929.
- STS de 11 de Febrero de 1.929.
- STS de 8 de Marzo de 1.929.
- STS de 14 de Mayo de 1.929.
- STS de 30 de Septiembre de 1.929.
- STS de 28 de Octubre de 1.929.
- STS de 27 de Diciembre de 1.930.
- STS de 8 de abril de 1.931.
- STS de 20 de Abril de 1.931.
- STS de 7 de Noviembre de 1.931.
- STS de 31 de Diciembre de 1.931.
- STS de 29 de Enero de 1.932.
- STS de 29 de Marzo de 1.932.
- STS de 8 de Noviembre de 1.932.
- STS de 9 de Enero de 1.933.
- STS de 19 de Abril de 1.933.
- STS de 24 de Noviembre de 1.933.
- STS de 22 de Febrero de 1.934.
- STS de 23 de Marzo de 1.934.
- STS de 13 de Octubre de 1.934.
- STS de 31 de Octubre de 1.934.
- STS de 6 de Noviembre de 1.934.
- STS de 10 de Diciembre de 1.934.
- STS de 10 de Julio de 1.935.
- STS de 20 de Enero de 1.936.
- STS de 29 de Marzo de 1.939.
- STS de 14 de Mayo de 1.939.
- STS de 20 de Febrero de 1.940.
- STS de 8 de Marzo de 1.940.
- STS de 25 de Marzo de 1.940.
- STS de 21 de Mayo de 1.940.
- STS de 8 de Julio de 1.940.
- STS de 11 de Diciembre de 1.940.
- STS de 22 de Marzo de 1.941.
- STS de 23 de Marzo de 1.941.
- STS de 7 de Marzo de 1.942.
- STS de 17 de Marzo de 1.942.

- STS de 3 de Junio de 1.942.
- STS de 11 de Febrero de 1.943.
- STS de 9 de Octubre de 1.943.
- STS de 12 de Febrero de 1.944.
- STS de 26 de Febrero de 1.944.
- STS de 5 de Marzo de 1.944.
- STS de 23 de Marzo de 1.944.
- STS de 3 de Abril de 1.944.
- STS de 10 de Abril de 1.944.
- STS de 12 de Abril de 1.944.
- STS de 20 de Abril de 1.944.
- STS de 3 de Mayo de 1.944.
- STS de 6 de Mayo de 1.944.
- STS de 1 de Junio de 1.944.
- STS de 30 de Junio de 1.944.
- STS de 10 de Julio de 1.944.
- STS de 19 de Octubre de 1.944.
- STS de 30 de Octubre de 1.944.
- STS de 26 de Diciembre de 1.944.
- STS de 26 de Enero de 1.945.
- STS de 16 de Febrero de 1.945.
- STS de 25 de Mayo de 1.945.
- STS de 8 de Junio de 1.945.
- STS de 22 de Febrero de 1.946.
- STS de 1 de Junio de 1.946.
- STS de 1 de Julio de 1.946.
- STS de 26 de Julio de 1.946.
- STS de 3 de Enero de 1.947.
- STS de 4 de Enero de 1.947.
- STS de 3 de Junio de 1.947.
- STS de 4 de Junio de 1.947.
- STS de 28 de Junio de 1.947.
- STS de 4 de Noviembre de 1.947.
- STS de 8 de Julio de 1.948.
- STS de 15 de Enero de 1.949.
- STS de 17 de Mayo de 1.949.
- STS de 27 de Mayo de 1.949.
- STS de 20 de Octubre de 1.949.
- STS de 29 de Octubre de 1.949.
- STS de 31 de Diciembre de 1.949
- STS de 2 de Febrero de 1.950.
- STS de 30 de Marzo de 1.950.
- STS de 5 de Diciembre de 1.950.
- STS de 9 de Marzo de 1.951.
- STS de 12 de Marzo de 1.951.
- STS de 15 de Marzo de 1.951.

- STS de 15 de Mayo de 1.951.
- STS de 4 de Enero de 1.952.
- STS de 4 de Marzo de 1.952.
- STS de 2 de Junio de 1.952.
- STS de 6 de Diciembre de 1.952.
- STS de 30 de Marzo de 1.953.
- STS de 11 de Abril de 1.953.
- STS de 18 de Abril de 1.953.
- STS de 3 de Junio de 1.953.
- STS de 11 de Junio de 1.953.
- STS de 12 de Noviembre de 1.953.
- STS de 6 de Abril de 1.954.
- STS de 30 de Mayo de 1.954.
- STS de 8 de Julio de 1.954.
- STS de 20 de Octubre de 1.954.
- STS de 12 de Abril de 1.955.
- STS de 30 de Mayo de 1.955.
- STS de 7 de Junio de 1.955.
- STS de 9 de Julio de 1.955.
- STS de 11 de Noviembre de 1.955.
- STS de 16 de Febrero de 1.956.
- STS de 10 de Marzo de 1.956.
- STS de 13 de Abril de 1.956.
- STS de 29 de Septiembre de 1.956.
- STS de 27 de Octubre de 1.956.
- STS de 29 de Octubre de 1.956.
- STS de 30 de Noviembre de 1.956.
- STS de 4 de Enero de 1.957.
- STS de 30 de Enero de 1.957.
- STS de 3 de Julio de 1.957.
- STS de 15 de Octubre de 1.957.
- STS de 16 de Octubre de 1.957.
- STS de 2 de Noviembre de 1.957.
- STS de 28 de Enero de 1.958.
- STS de 6 de Febrero de 1.958.
- STS de 12 de Marzo de 1.958.
- STS de 8 de Abril de 1.958.
- STS de 11 de Abril de 1.958.
- STS de 27 de Mayo de 1.958.
- STS de 28 de Mayo de 1.958.
- STS de 14 de Junio de 1.958.
- STS de 19 de Junio de 1.958.
- STS de 21 de Octubre de 1.958.
- STS de 25 de Octubre de 1.958.
- STS de 24 de Noviembre de 1.958.
- STS de 18 de Diciembre de 1.958.

- STS de 16 de Marzo de 1.959.
- STS de 17 de Abril de 1.959.
- STS de 25 de Abril de 1.959.
- STS de 6 de Mayo de 1.959.
- STS de 19 de Octubre de 1.959.
- STS de 29 de Enero de 1.960.
- STS de 25 de Abril de 1.960.
- STS de 30 de Abril de 1.960.
- STS de 7 de Junio de 1.960.
- STS de 13 de Octubre de 1.960.
- STS de 17 de Octubre de 1.960.
- STS de 24 de Noviembre de 1.960.
- STS de 16 de Diciembre de 1.960.
- STS de 3 de Enero de 1.961.
- STS de 21 de Febrero de 1.961.
- STS de 31 de Marzo de 1.961.
- STS de 31 de Mayo de 1.961.
- STS de 4 de Noviembre de 1.961.
- STS de 9 de Noviembre de 1.961.
- STS de 20 de Diciembre de 1.961.
- STS de 30 de Enero de 1.962.
- STS de 7 de Marzo de 1.962.
- STS de 3 de Abril de 1.962.
- STS de 1 de Junio de 1.962.
- STS de 9 de Junio de 1.962.
- STS de 5 de Octubre de 1.962.
- STS de 20 de Octubre de 1.962.
- STS de 6 de Noviembre de 1.962.
- STS de 24 de Noviembre de 1.962.
- STS de 11 de Diciembre de 1.962.
- STS de 3 de Marzo de 1.963.
- STS de 25 de Abril de 1.963.
- STS de 28 de Abril de 1.963.
- STS de 27 de Marzo de 1.963.
- STS de 28 de Marzo de 1.963.
- STS de 6 de Abril de 1.963.
- STS de 25 de Abril de 1.963.
- STS de 31 de Mayo de 1.963.
- STS de 14 de Junio de 1.963.
- STS de 8 de Octubre de 1.963.
- STS de 24 de Octubre de 1.963.
- STS de 4 de Diciembre de 1.963.
- STS de 18 de Diciembre de 1.963.
- STS de 20 de Enero de 1.964.

- STS de 5 de Octubre de 1.962.
- STS de 20 de Octubre de 1.962.
- STS de 6 de Noviembre de 1.962.
- STS de 24 de Noviembre de 1.962.
- STS de 11 de Diciembre de 1.962.
- STS de 3 de Marzo de 1.963.
- STS de 25 de Abril de 1.963.
- STS de 28 de Abril de 1.963.
- STS de 27 de Marzo de 1.963.
- STS de 28 de Marzo de 1.963.
- STS de 6 de Abril de 1.963.
- STS de 25 de Abril de 1.963.
- STS de 31 de Mayo de 1.963.
- STS de 14 de Junio de 1.963.
- STS de 8 de Octubre de 1.963.
- STS de 24 de Octubre de 1.963.
- STS de 4 de Diciembre de 1.963.
- STS de 18 de Diciembre de 1.963.
- STS de 20 de Enero de 1.964.
- STS de 31 de Enero de 1.964.
- STS de 7 de Febrero de 1.964.
- STS de 8 de Febrero de 1.964.
- STS de 20 de Marzo de 1.964.
- STS de 1 de Abril de 1.964.
- STS de 20 de Abril de 1.964.
- STS de 28 de Abril de 1.964.
- STS de 24 de Junio de 1.964.
- STS de 1 de Julio de 1.964.
- STS de 30 de Septiembre de 1.964.
- STS de 22 de Octubre de 1.964.
- STS de 10 de Noviembre de 1.964.
- STS de 12 de Noviembre de 1.964.
- STS de 19 de Noviembre de 1.964.
- STS de 20 de Noviembre de 1.964.
- STS de 1 de Diciembre de 1.964.
- STS de 11 de Diciembre de 1.964.
- STS de 19 de Enero de 1.965.
- STS de 21 de Enero de 1.965.
- STS de 29 de Enero de 1.965.
- STS de 1 de Febrero de 1.965.
- STS de 5 de Marzo de 1.965.
- STS de 11 de Marzo de 1.965.
- STS de 22 de Marzo de 1.965.
- STS de 28 de Marzo de 1.965.
- STS de 31 de Marzo de 1.965.
- STS de 1 de Abril de 1.965.

- STS de 3 de Abril de 1.965.
- STS de 6 de Abril de 1.965.
- STS de 8 de Abril de 1.965.
- STS de 18 de Abril de 1.965.
- STS de 11 de Mayo de 1.965.
- STS de 28 de Mayo de 1.965.
- STS de 31 de Mayo de 1.965.
- STS de 1 de Junio de 1.965.
- STS de 30 de Junio de 1.965.
- STS de 28 de Septiembre de 1.965.
- STS de 28 de Octubre de 1.965.
- STS de 2 de Noviembre de 1.965.
- STS de 9 de Diciembre de 1.965.
- STS de 20 de Diciembre de 1.965.
- STS de 7 de Enero de 1.966.
- STS de 1 de Febrero de 1.966.
- STS de 10 Febrero de 1.966.
- STS de 12 de Febrero de 1.966.
- STS de 24 de Febrero de 1.966.
- STS de 25 de Febrero de 1.966.
- STS de 5 de Marzo de 1.966.
- STS de 14 de Abril de 1966.
- STS de 30 de Abril de 1.966.
- STS de 3 de Mayo de 1.966.
- STS de 10 de Junio de 1.966.
- STS de 30 de Junio de 1.966.
- STS de 5 de Julio de 1.966.
- STS de 27 de Octubre de 1.966.
- STS de 2 de Diciembre de 1.966.
- STS de 19 de Enero de 1.967.
- STS de 11 de Febrero de 1.967.
- STS de 6 de Abril de 1.967.
- STS de 28 de Octubre de 1.967.
- STS de 23 de Marzo de 1.968.
- STS de 30 de Marzo de 1.968.
- STS de 26 de Mayo de 1.968.
- STS de 26 de Septiembre de 1.968.
- STS de 27 de Septiembre de 1.968.
- STS de 29 de Octubre de 1.968.
- STS de 15 de Noviembre de 1.968.
- STS de 26 de Noviembre de 1.968.
- STS de 6 de Febrero de 1.969.
- STS de 22 de Marzo de 1.969.
- STS de 2 de Junio de 1.969.
- STS de 14 de Junio de 1.969.
- STS de 4 de Noviembre de 1.969.

- STS de 9 de Abril de 1.970.
- STS de 13 de Mayo de 1.970.
- STS de 16 de Mayo de 1.970.
- STS de 2 de Junio de 1.970.
- STS de 17 de Junio de 1.970.
- STS de 5 de Octubre de 1.970.
- STS de 30 de Octubre de 1.970.
- STS de 7 de Diciembre de 1.970.
- STS de 26 de Diciembre de 1.970.
- STS de 15 de Abril de 1.971.
- STS de 8 de Mayo de 1.971.
- STS de 14 de Junio de 1.971.
- STS de 23 de Septiembre de 1.971.
- STS de 1 de Diciembre de 1.971.
- STS de 25 de Enero de 1.972.
- STS de 29 de Abril de 1.972.
- STS de 7 de Marzo de 1.972.
- STS de 10 de Mayo de 1.972.
- STS de 3 de Junio de 1.972.
- STS de 15 de Noviembre de 1.972.
- STS de 31 de Enero de 1.973.
- STS de 16 de Abril de 1.973.
- STS de 28 de Mayo de 1.973.
- STS de 23 de Octubre de 1.973.
- STS de 1 de Noviembre de 1.973.
- STS de 11 de Noviembre de 1.973.
- STS de 14 de Marzo de 1.974.
- STS de 9 de Mayo de 1.974.
- STS de 17 de Mayo de 1.974.
- STS de 3 de Octubre de 1.974.
- STS de 22 de Octubre de 1.974.
- STS de 28 de Octubre de 1.974.
- STS de 2 de Noviembre de 1.974.
- STS de 28 de Noviembre de 1.974.
- STS de 7 de Enero de 1.975.
- STS de 17 de Enero de 1.975.
- STS de 4 de Marzo de 1.975.
- STS de 8 de Marzo de 1.975.
- STS de 16 de Diciembre de 1.975.
- STS de 10 de Abril de 1.976.
- STS de 10 de Junio de 1.976.
- STS de 6 de Julio de 1.976.
- STS de 30 de Diciembre de 1.976.
- STS de 24 de Enero de 1.977.
- STS de 3 de Febrero de 1.977.
- STS de 27 de Junio de 1.977.

- STS de 28 de Junio de 1.977.
- STS de 10 de Octubre de 1.977.
- STS de 22 de Abril de 1.978.
- STS de 31 de Abril de 1.978.
- STS de 21 de Junio de 1.978.
- STS de 7 de Julio de 1.978.
- STS de 30 de Noviembre de 1.978.
- STS de 8 de Mayo de 1.979.
- STS de 5 de Junio de 1.979.
- STS de 18 de Junio de 1.979.
- STS de 3 de Octubre de 1.979.
- STS de 10 de Noviembre de 1.979.
- STS de 17 de Diciembre de 1.979.
- STS de 26 de Diciembre de 1.979.
- STS de 31 de Diciembre de 1.979.
- STS de 3 de Marzo de 1.980.
- STS de 31 de Mayo de 1.980.
- STS de 27 de Octubre de 1.980.
- STS de 6 de Febrero de 1.981.
- STS de 31 de Marzo de 1.981.
- STS de 30 de Abril de 1981.
- STS de 14 de Junio de 1.981.
- STS de 13 de Julio de 1.981.
- STS de 20 de Octubre de 1.981.
- STS de 18 de Diciembre de 1.981.
- STS de 24 de Marzo de 1.982.
- STS de 8 de Junio de 1.982.
- STS de 13 de Junio de 1.982.
- STS de 7 de Octubre de 1.982.
- STS de 18 de Octubre de 1.982.
- STS de 21 de Octubre de 1.982.
- STS de 30 de Septiembre de 1.982.
- STS de 29 de Enero de 1.983.
- STS de 26 de Marzo de 1.983.
- STS de 25 de Abril de 1.983.
- STS de 7 de Octubre de 1.983.
- STS de 10 de Noviembre de 1.983.
- STS de 23 de Noviembre de 1.983.
- STS de 24 de Noviembre de 1.983.
- STS de 19 de Febrero de 1.984.
- STS de 21 de Febrero de 1.984.
- STS de 29 de Febrero de 1.984.
- STS de 1 de Marzo de 1.984.
- STS de 9 de Marzo de 1.984.
- STS de 27 de Noviembre de 1.984.
- STS de 3 de Diciembre de 1.984.

- STS de 15 de Diciembre de 1.984.
- STS de 14 de Enero de 1.985.
- STS de 29 de Enero de 1.985.
- STS de 22 de Febrero de 1.985.
- STS de 29 de Enero de 1.985.
- STS de 8 de Marzo de 1.985.
- STS de 11 de Marzo de 1.985.
- STS de 18 de Abril de 1.985.
- STS de 20 de Mayo de 1.985.
- STS de 20 de Junio de 1.985.
- STS de 1 de Julio de 1.985.
- STS de 13 de Julio de 1.985.
- STS de 5 de Noviembre de 1.985.
- STS de 11 de Diciembre de 1.985.
- STS de 1 de Febrero de 1.986.
- STS de 10 de Febrero de 1.986.
- STS de 11 de Febrero de 1.986.
- STS de 10 de Marzo de 1.986.
- STS de 10 de Abril de 1.986.
- STS de 16 de Abril de 1.986.
- STS de 29 de Abril de 1.986.
- STS de 30 de Abril de 1.986.
- STS de 6 de Junio de 1.986.
- STS de 18 de Junio de 1.986.
- STS de 21 de Junio de 1.986.
- STS de 4 de Julio de 1.986.
- STS de 28 de Julio de 1.986.
- STS de 26 de Septiembre de 1.986.
- STS de 29 de Septiembre de 1.986.
- STS de 17 de Noviembre de 1.986.
- STS de 29 de Noviembre de 1.986.
- STS de 4 de Diciembre de 1.986.
- STS de 10 de Diciembre de 1.986.
- STS de 11 de Diciembre de 1.986.
- STS de 19 de Febrero de 1.987.
- STS de 27 de Marzo de 1.987.
- STS de 10 de Abril de 1.987.
- STS de 9 de Junio de 1.987.
- STS de 2 de Septiembre de 1.987.
- STS de 5 de Octubre de 1.987.
- STS de 17 de Octubre de 1.987.
- STS de 2 de Noviembre de 1.987.
- STS de 12 de Noviembre de 1.987.
- STS de 31 de Diciembre de 1987.
- STS de 26 de Enero de 1.988.
- STS de 1 de Febrero de 1.988.

- STS de 16 de Febrero de 1.988.
- STS de 18 de Marzo de 1.988.
- STS de 13 de Abril de 1.988.
- STS de 22 de Abril de 1.988.
- STS de 4 de Mayo de 1.988.
- STS de 12 de Mayo de 1.988.
- STS de 17 de Junio de 1.988.
- STS de 15 de Julio de 1.988.
- STS de 26 de Septiembre de 1.988.
- STS de 27 de Septiembre de 1.988.
- STS de 8 de Marzo de 1.989.
- STS de 27 de Marzo de 1.989.
- STS de 10 de Mayo de 1.989.
- STS de 30 de Mayo de 1.989.
- STS de 5 de Junio de 1.989.
- STS de 15 Junio de 1.989.
- STS de 19 de Julio de 1.989.
- STS de 18 de Octubre de 1.989.
- STS de 18 de Enero de 1.990.
- STS de 5 de Marzo de 1.990.
- STS de 16 de Abril de 1.990.
- STS de 7 de Mayo de 1.990.
- STS de 9 de Mayo de 1.990.
- STS de 15 de Junio de 1.990.
- STS de 25 de Junio de 1.990.
- STS de 28 de Junio de 1.990.
- STS de 13 de Octubre de 1.990.
- STS de 3 de Noviembre de 1.990.
- STS de 5 de Noviembre de 1.990.
- STS de 13 de Noviembre de 1.990.
- STS de 30 de Noviembre de 1.990.
- STS de 19 de Diciembre de 1.990.
- STS de 7 de Enero de 1.991.
- STS de 31 de Enero de 1.991.
- STS de 15 de Febrero de 1.991.
- STS de 28 de Febrero de 1.991.
- STS de 5 de Marzo de 1.991.
- STS de 25 de Abril de 1991.
- STS de 13 de Mayo de 1.991.
- STS de 23 de Junio de 1.991.
- STS de 24 de Junio de 1.991.
- STS de 4 de Julio de 1.991.
- STS de 18 de Julio de 1.991.
- STS de 1 de Octubre de 1.991.
- STS de 14 de Noviembre de 1.991.
- STS de 30 de Noviembre de 1.991.

- STS de 2 de Diciembre de 1.991.
- STS de 8 de Diciembre de 1.991.
- STS de 27 de Diciembre de 1.991.
- STS de 8 de Enero de 1.992.
- STS de 14 de Febrero de 1.992.
- STS de 24 de Febrero de 1.992.
- STS de 6 de Abril de 1.992.
- STS de 4 de Junio de 1.992.
- STS de 13 de Junio de 1.992.
- STS de 22 de Junio de 1.992.
- STS de 23 de Junio de 1.992.
- STS de 23 de Octubre de 1.992.
- STS de 22 de Diciembre de 1.992.
- STS de 30 de Diciembre de 1.992.
- STS de 31 de Diciembre de 1.992.
- STS de 12 de Abril de 1.993.
- STS de 13 de Abril de 1.993.
- STS de 21 de Abril de 1.993.
- STS de 20 de Mayo de 1.993.
- STS de 28 de Junio de 1.993.
- STS de 23 de Julio de 1.993.
- STS de 14 de Diciembre de 1.993.
- STS de 15 de Diciembre de 1.993.
- STS de 30 de Diciembre de 1.993.
- STS de 10 de Febrero de 1.994.
- STS de 21 de Febrero de 1.994.
- STS de 8 de Marzo de 1.994.
- STS de 15 de Marzo de 1.994.
- STS de 29 de Marzo de 1.994.
- STS de 7 de Mayo de 1.994.
- STS de 18 de Mayo de 1.994.
- STS de 3 de Junio de 1.994.
- STS de 8 de Junio de 1.994.
- STS de 15 de Junio de 1.994.
- STS de 18 de Junio de 1.994.
- STS de 5 de Julio de 1.994.
- STS de 13 de Julio de 1.994.
- STS de 6 de Octubre de 1.994.
- STS de 25 de Enero de 1.995.
- STS de 30 de Enero de 1.995.
- STS de 4 de Febrero de 1.995.
- STS de 7 de Febrero de 1.995.
- STS de 24 de Marzo de 1.995.
- STS de 10 de Abril de 1.995.
- STS de 26 de Abril de 1.995.
- STS de 8 de Mayo de 1.995.

- STS de 30 de Mayo de 1.995.
- STS de 3 de Junio de 1.995.
- STS de 24 de Julio de 1.995.
- STS de 30 de Octubre de 1.995.
- STS de 27 de Noviembre de 1.995.
- STS de 14 de Abril de 1996.
- STS de 14 de Mayo de 1.996.
- STS de 20 de Junio de 1.996.
- STS de 26 de Junio de 1.996.
- STS de 1 de Julio de 1.996.
- STS de 28 de Septiembre de 1.996.
- STS de 4 de Noviembre de 1.996.
- STS de 30 de Enero de 1.997.
- STS de 31 de Enero de 1.997.
- STS de 11 de Febrero de 1.997.
- STS de 27 de Febrero de 1.997.
- STS de 8 de Marzo de 1.997.
- STS de 24 de Abril de 1.997.
- STS de 29 de Abril de 1.997.
- STS de 23 de Mayo de 1.997.
- STS de 16 de Junio de 1.997.
- STS de 10 de Julio de 1.997.
- STS de 22 de Julio de 1.997.
- STS de 24 de Septiembre de 1.997.
- STS de 4 de Noviembre de 1.997.
- STS de 4 de Diciembre de 1.997.
- STS de 18 de Diciembre de 1.997.
- STS de 29 de Diciembre de 1.997.
- STS de 23 de Enero de 1.988.
- STS de 27 de Enero de 1.998.
- STS de 3 de Febrero de 1.998.
- STS de 18 de Marzo de 1.998.
- STS de 18 de Mayo de 1.998.
- STS de 19 de Mayo de 1.998.
- STS de 23 de Junio de 1.998.
- STS de 30 de Junio de 1.998.
- STS de 16 de Julio 1.998.
- STS de 17 de Julio de 1.998.
- STS de 18 de Julio de 1.998.
- STS de 21 de Julio de 1.998.
- STS de 19 de Septiembre de 1.998.
- STS de 19 de Octubre de 1.998.
- STS de 27 de Noviembre de 1.998.
- STS de 1 de Febrero de 1.999.
- STS de 15 de Febrero de 1.999.
- STS de 11 de Mayo de 1.999.

- STS de 4 de Junio de 1.999.
- STS de 28 de Septiembre de 1.999.
- STS de 30 de Septiembre de 1.999.
- STS de 29 de Octubre de 1.999.
- STS de 26 de Noviembre de 1.999.
- STS de 20 de Enero de 2.000.
- STS de 21 de Enero de 2.000.
- STS de 29 de Enero de 2.000.
- STS de 7 de Febrero de 2.000.
- STS de 14 de Febrero de 2.000.
- STS de 29 de Febrero de 2.000.
- STS de 14 de Marzo de 2.000.
- STS de 16 de Mayo de 2.000.
- STS de 30 de Junio de 2.000.
- STS de 23 de Enero de 2.001.
- STS de 15 de Febrero de 2.001.
- STS de 20 de Febrero de 2.001.
- STS de 25 de Abril de 2.001.
- STS de 1 de Mayo de 2.001.
- STS de 4 de Junio de 2.001.
- STS de 5 de Junio de 2.001.
- STS de 12 de Junio de 2.001.
- STS de 23 de Junio de 2.001.
- STS de 4 de Julio de 2.001.
- STS de 12 de Julio de 2001.
- STS de 28 de Diciembre de 2.001.
- STS de 1 de Febrero del 2.002.
- STS de 23 de Febrero de 2.002.
- STS de 2 de Abril de 2.002.
- STS de 20 de Mayo de 2.002.
- STS de 24 de Mayo de 2.002.
- STS de 21 de Enero de 2.003.
- STS de 24 de Enero de 2.003.
- STS de 13 de Marzo de 2.003.
- STS de 21 de Marzo de 2.003.
- STS de 12 de Mayo de 2.003.
- STS de 14 de Mayo de 2.003.
- STS de 9 de Octubre de 2.003.
- STS de 26 de Febrero de 2.004.
- STS de 29 de Marzo de 2.004.
- STS de 31 de Marzo de 2.004.
- STS de 2 de Abril de 2.004.
- STS de 10 de Junio de 2.004.
- STS de 30 de Septiembre de de 2.004.
- STS de 31 de Marzo de 2.004.
- STS de 11 de Octubre de 2.004.

- STS de 27 de Octubre de 2.004.
- STS de 24 de Noviembre de 2.004.
- STS de 19 de Noviembre de 2.004.
- STS de 16 de Febrero de 2.005.
- STS de 28 de Abril de 2.005.
- STS de 24 de Mayo de 2.005.
- STS de 10 de Junio de 2.005.
- STS de 18 de Julio de 2.005.
- STS de 27 de Septiembre de 2.005.
- STS de 11 de Octubre de 2.005.
- STS de 14 de Octubre de 2.005.
- STS de 18 de Octubre 2.005.
- STS de 28 de Octubre de 2.005.
- STS de 8 de Noviembre 2.005.
- STS de 16 de Noviembre de 2.005.
- STS de 22 de Noviembre de 2.005.
- STS de 12 de Diciembre de 2.005.
- STS de 14 de Diciembre de 2.005.
- STS de 20 de Diciembre de 2.005.
- STS de 26 de Enero de 2.006.
- STS de 14 Febrero de 2.006.
- STS de 24 de Marzo de 2.006.
- STS de 7 de Junio de 2.006.
- STS de 25 Septiembre de 2.006.
- STS de 4 de Octubre de 2.006.
- STS de 3 de Noviembre 2.006.
- STS de 7 de Noviembre de 2.006.
- STS de 19 de Diciembre de 2.006.
- STS de 8 de Enero de 2.007.
- STS de 25 de Enero de 2.007.
- STS de 22 de Febrero de 2.007.
- STS de 12 de Julio de 2.007.
- STS de 3 de Octubre de 2.007.
- STS de 20 de Noviembre de 2.007.
- STS de 21 de Noviembre de 2.007.
- STS de 29 de Enero de 2.008.
- STS de 21 de Febrero 2.008.
- STS de 3 de Abril de 2.008.
- STS de 26 de Abril de 2.008.
- STS de 29 de Abril de 2.008.
- STS de 3 de Junio 2.008.
- STS de 14 de Octubre de 2.008.
- STS de 22 de Diciembre 2.008.
- STS de 28 de Enero de 2.009.
- STS de 12 de Marzo de 2.009.
- STS de 18 de Marzo de 2.009.

- STS de 23 de Marzo de 2.009.
- STS de 30 de Junio de 2.009.
- STS de 28 de Julio de 2.009.
- STS de 14 de Octubre de 2.009.
- STS de 4 de Noviembre de 2.009.
- STS de 5 de Noviembre de 2.009.
- STS de 11 de Diciembre de 2.009.
- STS de 22 de Diciembre de 2.009.
- STS de 22 de Abril de 2.010.
- STS de 27 de Mayo de 2.010.
- STS de 31 de Mayo de 2.010.
- STS de 17 de Junio de 2.010.
- STS de 22 de Junio de 2.010.
- STS de 1 de Julio de 2.010.
- STS de 2 de Julio de 2.010.
- STS de 22 de Febrero de 2.011.
- STS de 18 de Marzo de 2.011.
- STS de 4 de Abril de 2.011.
- STS de 20 de Abril de 2.011.
- STS de 5 de Mayo de 2.011.
- STS de 9 de Junio de 2.011.
- STS de 18 de Noviembre de 2.011.
- STS de 21 de Febrero de 2.012.

• SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Cantabria de 19 de Septiembre de 1.997.
- SAP de Valladolid de 31 Octubre de 1.997.
- SAP de Zamora de 28 de Noviembre de 1.997.
- SAP de Madrid de 18 de Marzo de 1.998.
- SAP de León de 15 de Abril de 1.998.
- SAP de La Rioja de 25 de Mayo de 1.998.
- SAP de Zamora de 29 de Julio de 1.998.
- SAP de Teruel de 28 de Diciembre de 1.998.
- SAP de Barcelona de 6 de Marzo de 2.000.
- SAP de Barcelona de 9 de Mayo de 2.000.
- SAP de Barcelona de 24 de Mayo de 2.000.
- SAP de Pontevedra de 1 de Junio de 2.000.
- SAP de Las Palmas de 26 Julio de 2.000.
- SAP de Toledo de 5 de Noviembre de 2.000.
- SAP de Madrid de 17 de Febrero de 2.001.
- SAP de Girona de 20 de Junio de 2.001.
- SAP de Orense de 30 de Enero de 2.002.
- SAP de Cádiz de 12 de Junio de 2.002.
- SAP de La Coruña de 2 de Octubre de 2.002.
- SAP de Córdoba de 8 de Noviembre de 2.002.
- SAP de Guipúzcoa de 11 de Febrero de 2.003.
- SAP de de Barcelona de 10 de Abril de 2.003.
- SAP de Alicante de 29 de Mayo de 2.003.
- SAP de Asturias de 24 Junio de 2.003.
- SAP de Tarragona de 19 de Enero de 2.004.
- SAP de Barcelona de 29 de Enero de 2.004.

- SAP de Madrid de 10 de Febrero de 2.004.
- SAP de Barcelona de 27 de Febrero de 2.004.
- SAP de Alicante de 27 de Febrero de 2.004.
- SAP de Alicante de 17 de Marzo de 2.004.
- SAP de Valencia de 2 de Mayo de 2.004.
- SAP de La Coruña de 30 de Septiembre de 2.004.
- SAP de Alicante de 27 de Mayo de 2.005.
- SAP de Gerona de 28 de Julio de 2.005.
- SAP de Las Palmas de 28 de Julio de 2.005.
- SAP de Asturias de 11 de Noviembre de 2.005.
- SAP de La Coruña de 12 de Diciembre de 2.005.
- SAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2.005.
- SAP de Madrid de 1 de Marzo de 2.006.
- SAP de La Coruña de 12 de Mayo de 2.006.
- SAP de Las Palmas de 8 de Junio de 2.006.
- SAP de Madrid de 10 de Octubre de 2.006.
- SAP de Madrid de 15 de Marzo de 2.007.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de Marzo de 2.007.
- SAP de Burgos de 6 de Junio de 2.007.
- SAP de Barcelona de 12 de Julio de 2.007.
- SAP de Alicante de 31 de Julio de 2.007.
- SAP de Barcelona de 4 de Octubre de 2.007.
- SAP de Barcelona de 8 de Noviembre de 2.007.
- SAP de Almería de 15 de Noviembre de 2.007.
- SAP de La Coruña de 19 de Noviembre de 2.007.
- SAP de La Coruña de 21 de Noviembre de 2.007.
- SAP de Barcelona de 21 de Diciembre de 2.007.
- SAP de Madrid de 3 de Abril de 2.008.
- SAP de La Coruña de 23 de Abril de 2.008.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de Abril de 2.008.

- SAP Valencia de 22 de Septiembre de 2.008.
- SAP de La Rioja de 6 de Octubre de 2.008.
- SAP de Madrid de 23 de Diciembre de 2.008.
- SAP de Madrid de 23 de Enero de 2.009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de Febrero de 2.009.
- SAP de Madrid de 26 de Febrero de 2.009.
- SAP de Madrid de 27 de Febrero de 2.009.
- SAP de La Coruña de 18 de Marzo de 2.009.
- SAP de Cantabria de 31 de Marzo de 2.009.
- SAP de Madrid de 12 de Junio de 2.009.
- SAP Vizcaya de 29 de Julio de 2.009.
- SAP de Orense de 25 de Septiembre de 2.009.
- SAP de Madrid de 5 de Octubre de 2.009.
- SAP de Madrid de 7 de Octubre de 2.009.
- SAP de La Coruña de 3 de Noviembre de 2.009.
- SAP de Zaragoza de 18 de Diciembre de 2.009.
- SAP de Madrid de 24 de Febrero de 2.010.
- SAP de Castellón de 2 de Marzo de 2.010.
- SAP de Córdoba de 19 de Marzo de 2.010.
- SAP de Granada de 9 de Abril de 2.010.
- SAP de Madrid de 11 Mayo de 2.010.
- SAP de Vizcaya de 8 de Junio de 2.010.
- SAP de Madrid de 16 de Junio de 2.010.
- SAP de Las Palmas de 30 de Junio de 2.010.
- SAP de Valencia de 2 de Julio de 2.010.
- SAP de Baleares de 9 de Noviembre de 2.010.
- SAP de Salamanca de 2 de Diciembre de 2.010.
- SAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2.010.
- SAP de Alicante de 14 de Febrero de 2.011.
- SAP de Vizcaya de 18 de Febrero de 2.011.

- SAP de Valencia de 13 de Abril de 2.011.
- SAP de Toledo de 22 de Junio de 2.011.
- SAP de Burgos de 28 de Julio de 2.011.
- SAP de Madrid de 4 de Noviembre de 2.011.
- SAP de Baleares de 18 de Noviembre de 2.011.
- SAP de Madrid de 12 de Enero de 2.012.
- SAP de Burgos de 8 de Febrero de 2.012.
- SAP de La Coruña de 2 de Marzo de 2.012.
- SAP de Barcelona de 14 de Marzo de 2.012.
- SAP de Madrid de 20 de Marzo de 2.012.
- SAP de Madrid de 28 de Marzo de 2.012.
- SAP de Baleares de 4 de Mayo de 2.012.
- SAP de Pontevedra de 8 de Mayo de 2.012.

- **SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE CASACIÓN ITALIANA:**

- de 7 de Junio de 1.948.
- de 10 de Agosto de 1.963.
- de 26 de Noviembre de 1.949.
- de 12 de Junio de 1.965.
- de 28 de Julio de 1.950.
- de 12 de Mayo de 1.967.
- de 11 de Julio de 1.951.
- de 14 de Febrero de 1.974.
- de 5 de Marzo de 1.955.
- de 1 de Abril de 1.977.
- de 12 de Febrero de 1957.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 26 de Septiembre de 1.904.
- RDGRN de 30 de Junio de 1.910.
- RDGRN de 2 de Agosto de 1.913.
- RDGRN de 10 de Septiembre de 1.913.
- RDGRN de 7 de Enero de 1.927.
- RDGRN de 1 de Junio de 1.943.
- RDGRN de 1 de Julio de 1.943.
- RDGRN de 30 de Marzo de 1.944.
- RDGRN de 16 de Noviembre de 1.944.
- RDGRN de 12 de Septiembre de 1.947.
- RDGRN de 18 de Diciembre de 1.951.
- RDGRN de 18 de Abril de 1.956.
- RDGRN de 2 de Junio de 1.956.
- RDGRN de 20 de Junio de 1.956.
- RDGRN de 5 de Enero de 1.959.
- RDGRN de 14 de Abril de 1.969.
- RDGRN de 10 de Enero de 1.974.
- RDGRN de 27 de Diciembre de 1.982.
- RDGRN de 23 de Agosto de 1.983.
- RDGRN de 1 de Diciembre de 1.984.
- RDGRN de 19 de Noviembre de 1.985.
- RDGRN de 18 de Noviembre de 1.986.
- RDGRN de 5 de Febrero de 1.988.
- RDGRN de 14 de Julio de 1.988.
- RDGRN de 26 de Julio de 1.988.
- RDGRN de 6 de Noviembre de 1.990.
- RDGRN de 14 de Febrero de 1.994.
- RDGRN de 14 de Marzo de 1.994.
- RDGRN de 17 de Marzo de 1.994.
- RDGRN de 29 de Abril de 1.994.
- RDGRN de 22 de Diciembre de 1.994.
- RDGRN de 25 de Septiembre de 1.998.
- RDGRN de 21 de Noviembre de 1.998.
- RDGRN de 26 de Noviembre de 1.998.

ANEXO II

BIBLIOGRAFÍA

- **ACCURSIO, Francesco:** *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*, Venecia, 1.581.

- **ANDERSON, Miriam, y ARROYO I AMAYUELAS, Esther:** *The Law of Succession Testamentary Freedom*, Europa Law Publishing, Groningen, 2.011.

- **ALBADALEJO GARCÍA, Manuel:**
Curso de Derecho Civil, Tomo V, novena edición, Anzos, S.L., Madrid, 2.008.
Derecho Civil. Tomo I, Editorial Bosch, Zaragoza 1.995.
Derecho Civil. Tomo II, volumen 2º, Editorial Bosch, Madrid, 1.985.
El Error en las Disposiciones Testamentarias y de Nuevo el Error en las Disposiciones Testamentarias, en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1.995.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, volumen 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1.990.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.983.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. volumen 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1.987.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.984.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Madrid, Editorial Edersa, Madrid, 1.982.
Consideraciones Sobre Algunos Extremos del Modo Testamentario, en *ADC*, 1.983.

Nulidad de las Disposiciones y Nulidad del Testamento Abierto, Cuando el Instituido es Testigo o lo son Determinados Familiares Suyos, en RDP, 1.967.

Para una Interpretación del Artículo 814.1 del Código Civil, en RDP, 1.967.

El Negocio Jurídico, Editorial Bosch, Madrid, 1.958.

Invalidez de la Declaración de Voluntad, en ADC, 1.957.

Condición Término y modo, en RDN, 1.957.

De Nuevo Sobre el Error en las Disposiciones Testamentarias, en ADC, 1.954.

El Error en las Disposiciones Testamentarias, en RDP, 1.948.

- **ALBI AGERO, Julio:** *Testamentifacción Activa de los Sordomudos que no Sepan Leer ni Escribir*, en Revista de la Universidad de Oviedo, 1.942.
- **ALBEIZ DOHRMANN, Klaus Jochen:** *Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2.002 del BGB*, en ADC, 2.002.
- **ALCIATO, Andrea:**
Decretum Gratiani Emendatum et Notationonibus Illustratum, Venecia, 1.615.
Commentaria, Tomo I, Venecia, 1.560.
- **ALLARA, Mario:**
Principi di Diritto Testamentario, Editorial Giappichelli, Turín, 1.957.
Il Testamento, Editorial CEDAM, Pádova, 1.934.
- **ARANGIO-RUIZ, Vincenzo:** *Istituzioni di Diritto Romano*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.974.

- **ARMERO DELGADO, Mario:** *Testamentos y Particiones*, Editorial Reus, Madrid, 1.951.

- **BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael:** *Nulidad del testamento. Capacidad del Testador*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 24. 1.996.

- **BARASSI, Ludovico:**
La Teoria Generale Delle Obbligazioni, Tomo II, Editorial Giuffrè, Milán, 1946.
La Successione per Causa di Morte, Editorial Giuffrè, Milán, 1.944.

- **BARBERO, Domenico:** *Sistema del Derecho Privado*, Tomo V, traducción española de SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1.967.

- **BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.:** *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Madrid, 2.003. La parte III fue publicada por O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM y R. ZIMMERMANN, La haya, 2.003.

- **BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel:** *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, Tomo III, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, París, 1.908.

- **BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo:** *Incapacidad de Testar del que Habitual o Accidentalmente no se Hallare en su Cabal Juicio*, en RDP, 1.966.

- **BENÍTEZ-PLAYA, Soledad Y DÍAZ SANTA-OLALLA, M^a.**
Victoria: *Apuntes de Jurisprudencia Sobre la Nulidad del testamento.*
Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho, número 125. 2.008.

- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1.996,

- **BETTI, Emilio:**
Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Comares, Granada 2.000.
Teoría General del Negocio Jurídico, traducción Española de MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1.959.
L'Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici, Editorial Giuffrè, Milán, 1.949.

- **BIANCA, Massimo:** *Diritto Civile*, Tomo III, Editorial Giuffrè, Milán, 1.987.

- **BIGLIAZZI GERI, Lina:**
Il Testamento I. Profilo Negoziale dell'Atto, Editorial Giuffrè, Milan, 1.976.
Appunti in Tema di Simulazione del Testamento, en RTDPC, 1.962.

- **BINDER, Julius:** *Derecho de Sucesiones*, traducción española y anotaciones de LACRUZ BERDEJO, Labor, S.A., Barcelona, 1.953.

- **BIONDI, Biondo:**
Successione Testamentaria e Donazioni, Editorial Giuffrè, Milán, 1.955.
Autonomia Delle Disposizioni ed Inquadramento del Testamento nel Sistema Giuridico, en FI, 1.949.

- **BOLÁS ALFONSO, Juan:** *La Preterición tras la Reforma de 13 de Mayo de 1.981*, en AAMN, Tomo XXV.

- **BOLOGNA, Italo:** *Considerazioni Sulla Nullità Parziale nei Negozi Giuridici*, Recogida en *Giurisprudenza Completa di Cassazione Civile*, 1.951.

- **BONET CORREA, José:**
Código Civil con Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina, Tomo III, Madrid, 1.987.
Los Actos Contrarios a las Normas y sus Sanciones, en ADC, 1.976, Tomo XXIX.

- **BONET RAMÓN, Francisco:** *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, Madrid, 1.965.

- **BONFANTE, Pietro:** *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de BACCI y LARROSA, Editorial Reus, Madrid, 1.965.

- **BORRACHINA Y PASTOR, Federico:** *Derecho Foral Español. En sus Relaciones con el Código Civil, la Jurisprudencia del tribunal Supremo y Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Tomo III, Analecta Ediciones y Libros S.L., Pamplona, 2.004.

- **BUCKLAND, William Warwick y MCNAIR, Arnold Duncan:** *Derecho Romano y “Common Law”*, traducción española de Ignacio CREMADES UGARTE, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.994.

- **BUSSI, Emilio:** *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.971.

- **BUSTO LAGO, José Manuel** (coordinador); **ÁLVAREZ BARBEITO, Pilar**; **ÁLVAREZ LATA, Natalia**; **CALDERÓN CARRERO, José Manuel**; **PEÑA LÓPEZ, Fernando** (autores): *Derecho de Sucesiones. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia. Aspectos Civiles, Procesales y Fiscales*, Editorial Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2.007.

- **CALVO CARAVACA, Alfonso**: *La Sucesión Hereditaria en el Derecho Internacional Privado*, en *Revista General del Derecho Común*, número 502-503. 1.986.

- **CAÑIZARES LASO, Ana**: *El Reconocimiento Testamentario de la Filiación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.990.

- **CAPILLA RONCERO, Francisco**: *Nulidad e Impugnabilidad del Testamento. Algunas Consideraciones Sobre el Régimen de la Ineficacia del Testamento Inválido*, en *ADC*, 1.987.

- **CAPILLA RONCERO, F.**; **LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.**; **ROCA I TRIAS, E.**; **VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R.**; **MONTÉS PENADÉS, V.L.**; (coordinadores); **BLASCO GASCÓ, R.**; **CLEMENTE MEORO, M.**; **LÓPEZ B. DE HEREDIA, C.**; **ORDUÑA MORENO, J.**; **PRATS ALBENTOSA, L.**: *Derecho de Sucesiones*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1.992.

- **CARIOTA-FERRARA, Luigi**: *El Negocio Jurídico*, traducción española de ALBADALEJO, Ediciones Aguilar, Madrid, 1.956.

- **CARNELUTTI, Francesco**: *Tentativo Contrattuale*, en *FI*, 1948, col. 240.

- **CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y MARTÍNEZ NAVARRO, Joaquín Jesús:** *Prontuario Básico de Derecho Sucesorio Internacional*, Editorial Comares, Granada, 2.012.

- **CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro C.:**
La Nulidad Parcial del Testamento, Centro de Estudios Registrales, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2.002.
La Acción de Nulidad del Testamento: Concepto y Ejercicio, Anuario de la Facultad de Derecho, número 16, 1.998.

- **CASELLA, Mario:** *Nullità Parziale del Contratto e Inserzione Automatica di Clausole*, Editorial Giuffré, Milán 1.974.

- **CASTÁN TOBEÑAS, José:**
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo VI, volumen 1º, Editorial Reus, Madrid, 2.010.
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo IV, volumen 1º, Editorial Reus, Madrid, 1.992.
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I, volumen 2º, Editorial Reus, Madrid, 1.987.
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo VI, volumen 2º, Editorial Reus, Madrid, 1.979.

- **CASTÁN VÁZQUEZ, José María:** *La Interpretación del Testamento en el Derecho Común*, en RDP, 1.973.

- **CELAYA IBARRA, Adrián:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, Editorial Edersa, Madrid, 1.978.

- **CICU, Antonio:** *El Testamento*, traducción española de FAIRÉN, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959.

- **CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto:**
La Sanatoria Excepcional de Disposiciones Testamentarias en el Derecho Español, en RDP, 1.977.
La Confirmación del Contrato Anulable, Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1.977.

- **COBACHO GÓMEZ, José Antonio:** *Notas a la Preterición*, en RDP, 1.986.

- **COHENDY, George:** *Des Intérêts de la Distinction Entre Línexistence et la Nullité d´Ordre Public*, en RTDC, 1.914.

- **COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, Henry:** *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción española y notas de DE BUEN, Tomo VIII, Madrid, 1.957.

- **“COLOQUIO SOBRE INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.”:** Zaragoza, 2.006.

- **COSSIO Y CORRAL, Alfonso:**
Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Alianza Editorial, Madrid, 1.975.
Dolo y Captación en las Disposiciones Testamentarias, en ADC, 1.962.

- **COVIELLO, Nicola:** *Manuale di Diritto civile Italiano*, Editorial S.E.L., Milán, 1.934.

- **CRISCUOLI, Giovanni:**
Precisazioni in Tema di Annullabilità Parziale del Negozio Giuridico in Rapporto ai Vizi della Volontà, en RDC, 1.964.
La Nullita Parziale del Negozio Giuridico, Editorial Giuffrè, Milán, 1.959.

- **CUADRADO IGLESIAS, Manuel:**
Código Civil. Concordado y Anotado con Legislación y Jurisprudencia, Editorial Dykinson, Madrid, 2.007.
El Testamento Mancomunado en el Ordenamiento Jurídico Español Después de la Ley de 24 de Diciembre de 1.981, en RDP, 1.983.
Configuración Jurídica del Llamado Pseudo Usufructo Testamentario, en RDP, 1.971.

- **CUADRADO PÉREZ, Carlos:** *Distribución de Toda la Herencia en Legados*, en Revista de Actualidad Civil, 2.002.

- **D'AVANZO, Walter:** *Delle Successioni*, Tomo II, Barbèra Editores, Florencia, 1.941.

- **DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis:**
Instituciones de Derecho Privado Romano, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2.009.

- **DALMARTELLO, Arturo:** *Questioni in Tema di Annullabilità del Contratto*, en RTDPC, 1.963.

- **DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto, CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio, DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo, GONZÁLEZ OLLEROS, José, GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, MARÍN CASTÁN, Francisco y PAZ RUBIO, José María:** *Código Civil*, Editorial COLEX, Madrid, 2.007.

- **DE CASTRO Y BRAVO, Federico:**
Derecho Civil de España, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2.008.
El Negocio Jurídico, facsímil de la edición original de 1.971, Editorial Civitas, Madrid, 1.985.

- **DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel:** *El Derecho de Representación en la Herencia Testada y la Preterición de Herederos Forzosos*, en RDN, 1.955.

- **DE LA OLIVA, Andrés, y FERNÁNDEZ, MIGUEL Ángel:** *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.991.

- **DE LOS MOZOS, José Luís:**
Anomalías del Contrato y sus Remedios: Inexistencia, Nulidad y Anulabilidad en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, ahora en *Estudios Sobre Derecho de Contratos, Integración Europea y Codificación*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2.005.
La Inexistencia del Negocio Jurídico y la Nulidad de los Actos Jurídicos, en RGLJ, 1.960. Ahora en *El Negocio Jurídico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.987.
El Modo Como Elemento Accesorio de la Voluntad Negocial, en RDP, 1.978.
El Objeto del Negocio Jurídico, en RDP, 1.960.
La Conversión del Negocio Jurídico, Editorial Bosch, Barcelona, 1.959.

- **DE SASSOFERRATO, Bartolo:** *L. Si ex Falsi de Transactionibus*. En *Commentaria in PrinmamCodicis Partem*, Lugduni, 1.552.

- **DE SIMONE, Mario:** *La Sanatoria del Negozio Giuridico Nullo*, Editorial Pallerano, Nápoles, 1.946.

- **DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, y BOSCH CAPDEVILLA, Esteve:** *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2.009.

- **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:**
Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte en Derecho de sucesiones: presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2.006.
El concepto de Validez de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Notas de Teoría y Dogmática, en ADC, Enero-Marzo 2.005.

- **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles:** *Las Nulidades de los Contratos. En la Teoría y en la Práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

- **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (COORDINADOR); CARRASCO PEREIRA, Ángel; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; MIQUEL GONZÁLEZ, José María; PASCUAL LIAÑO, Miguel; RAMS ALBESA, Joaquín; VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Editorial Thomson, Pamplona, 2.007.

- **DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco:** *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Sucesiones, volumen 3º, Las atribuciones Legales, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.005.

- **DENTI, Vittorio:** *Note Sui Vizi Della Volontá Negli Atti Processuali*, en *Studi nelle scienze giuridiche e Sociali*, Tomo XXVII, editado por la Universidad de Pavía, Pavia, 1.919.

- **DERECHO CIVIL FAMILIA Y SUCESIONES VOLUMEN III, JUDICATURA ENERO 2008:** Editorial Carperi.

- **DÍAZ-AMBRONA, M^a. Dolores:** *El Negocio Jurídico "per Relationem"* en el *Código Civil*, segunda edición, UNED, Madrid, 1.994.

- **DÍEZ-PICAZO, Luís:**
Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Editorial Civitas, Pamplona, 2.007.
Sistema de Derecho Civil, Tomo IV, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.986.
La Pluralidad de Testamentos, en *Estudios de Derecho Privado*. Editorial Civitas, Madrid, 1.980.
Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, en *ADC*, 1.961.
La Pluralidad de Testamentos, en *RDN*, 1.960.

- **DÍEZ-PICAZO, Luís Y GULLÓN, Antonio:**
Sistema de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Editorial Tecnos, décima edición, Madrid, 2.008.
Sistema de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Tecnos, undécima edición, Madrid, 2.005.

- **DÍEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel:** *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Editorial Civitas, Madrid, 2.002.

- **DIJOL, Marcel:** *La Nullité des Contrats Lésionnaires*, editado por Sirey, Montpellier, 1.919.

- **DOMÍNGUEZ RODRIGO, Manuel:** *El Concepto de Preterición en el Artículo 814 del Código Civil Vigente*, en RGLJ, 1.983.

- **DORAL GARCÍA, José Antonio:** *El Negocio Jurídico Ante la Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 1.994.

- **DURRY, George:** *Rapport Sur l'Inexistence, la Nullité et la annullabilité des Actes Juridiques en Droit Civil Français*, en *Travaux de la Assotiation Henry Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Tomo XIV, París, 1.965.

- **EBERS, Martín:** *La Nueva Regulación del Incumplimiento Contractual en el BGB, Tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2.002*, en ADC, 2.003.

- **ENNECCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; Y WOLF, Martín:** *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981.

- **ENNECERUS, Ludwing; NIPPERDEY, Thomas:** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1.960.

- **ESPÍN CÁNOVAS, Diego:**
Manual de Derecho Civil Español, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.991.
Manual de Derecho Civil Español, Tomo V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.957.

- **FARRÉ ABOGADOS:** *Diccionario de Prescripción, Caducidad, Plazos y Términos en Derecho*, Barcelona, 1.998.

- **FASSI, Santiago Carlos:** *Tratado de los Testamentos*, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.970.

- **FEDELE, Alfredo:**
Commentario al C.c., dirigido por D'AMELIO, Tomo I, Milán, 1.948.
L'Invalidità del Negozio Giuridico di Diritto Privato, Unione Tipografiche Editrice, Turín, 1.943.

- **FERNÁNDEZ DEL MORAL, Lourdes:** *Autonomía Privada y Testamento en Derecho Común. Contribución al Estudio de las Disposiciones Testamentarias Atípicas*, Editorial Comares, Granada, 1.996.

- **FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio:** *Curso De Derecho Civil Foral*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

- **FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel:** *Teoría General de la Sucesión. Sucesión Legítima y Contractual*, Editorial Comares, Granda, 2.007.

- **FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier:** *Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1.996.

- **FERRARA, Francesco:** *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, traducción española de ATARD y DE LA FUENTE, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.961.

- **FERRARI, Sigfrido:**
Inesistenza e Nullit  del Negozio Giuridico, en RTDPC, 1.958.
Erro e Interpreta o na Teoria do Neg cio Jurídico, Colec o Tessees, Braga 2.001.

- **FERER CORREIA, Antonio:** *Erro e Interpreta o na Teoria do Neg cio Jurídico*, Colec o Tessees, Braga 2.001.

- **FRAGALI, Michele:** *Clausole, Frammenti di Clausole, Rapporti fra Clausole e Negozio*, en *Giustizia Civile*, 1.959.

- **FULGINEO, Francisco:** *Tractatus de Iure Emphyteutico*, Ginebra, 1.665.

- **FUNAIOLI, Giovan Battista:** *Invalidit  della Volont  Negoziale e Conservazione del Negozio Giuridico*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale*, 1.947.

- **GALGANO, Francesco:** *El Negocio Jurídico*, traducción española de BLASCO GASC  y PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.992.

- **GALLO, Franco:** *Limiti dell'Aplicabilit  al Testamento Delle Norme D'Ermeneutica Riguardanti al Contratto*, en *Giurisprudenza Completa de Cassazione Civile*, 1.950.

- **GANDOLFI, Giuseppe:**
Code Européen des Contracts, Avant-projet, Livre I, ed. rev. por L. Gatt, Editorial Giuffr , Milán, 2.004.
Nullit  Parziale e Dimensione Ontologica del Contratto, en RTDPC, 1.991.

- **GARCÍA AMIGO, Manuel:**
Teoría General de las Obligaciones y Contratos, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1.995.
Integración del Negocio Jurídico, en RDN, 1.980.
Interpretación del Testamento, en RDP, 1.969.

- **GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo:** *Preterición Formal y Material y Nulidad de la Institución*, en ADC, 1.969.

- **GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio:** *El Testamento Viciado por Preterición no Intencional en el Código Civil y en los Derechos Civiles Forales*, Editorial Comares, Granada, 2.004.

- **GAUDEMET, Eugène:** *Théorie Générale des Obligations*, Editorial Dalloz, París, 2.004.

- **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith; LLOBET AGUADO, Josep:** *Derecho de Sucesiones*, Editorial. Cálamo, Barcelona, 2.006.

- **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Directora); SOLÉ RESINA, Judith (Coordinara):** *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Civitas, Pamplona, 2.011.

- **GIANNINI, Massimo Severo:** *Voz Atto Administrativo*, en ED, Tomo IV.

- **GIAMPICCOLO, Giorigio:** *Il Contenuto Atipico del Testamento. Contributo ad una Teoria dell'Atto di Ultima Volontá*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.954.

- **GISBERT CALABUIG, Juan Antonio:** *Medicina Legal y Toxicología*, Ediciones científicas y técnicas Masson – Salvat, Barcelona, 1.991.

- **GOMÁ SALCEDO, J. Enrique:** *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 2.007.

- **GÓMEZ CALLE, María Esther:** *El Error del Testador y el Cambio Sobrevenido de las Circunstancias Existentes al Otorgamiento del Testamento*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2.007.

- **GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos:** *La Nulidad Parcial del Contrato*, Editorial La Ley, Madrid, 1.995.

- **GÓMEZ MARTINHO-FAERNA, Augusto:** *La Nulidad Parcial del Negocio Jurídico*, en EDP, Madrid, 1.962.

- **GONZÁLEZ PALOMINO, José:** *El Acrecimiento en la Mejora*, en AAMN, Tomo II.

- **GORDILLO CAÑAS, Antonio:**
El Error en el Testamento, en ADC, 1.983.
Inexistencia, en RDP, 1.983.
Nulidad, Anulabilidad e Inexistencia. (El Sistema de las Nulidades en un Código Latino Situado Entre la Primera y la Segunda Codificación), en *Centenario del Código Civil (1.889-1.989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1.990.
La Nulidad Parcial del Contrato con Precio Ilegal, en ADC, 1.975.

- **GOTOFREDO, Dionisio:** *Corpus Iuris Civilis*, Tomo II, León, 1.652.

- **GUGGENHEIM, Georg:** *Le Droit Suisse des Contrats*, Editorial George Éditeur, Ginebra, 1.991.

- **GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:** *La Confirmación*, en ADC, 1.960.

- **GUTIERREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo:** *Testamentos Especiales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.996.

- **HATTENHAUER, Hans:** *Los Fundamentos Históricos Ideológicos del Derecho Alemán. Entre la Jerarquía y la Democracia*, traducción española de IZQUIERDO, Editorial EDERSA, Madrid, 1.981.

- **HELLMANN, Friederich:** *Terminologische Untersuchungen Über die Rechtliche Unwirksamkeit im Römischen Recht*, Editorial Beck, Munich, 1.914.

- **HERNÁNDEZ GIL, Antonio:** *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.969.

- **IGLESIAS, Juan:** *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona, 1.990.

- **IMPALLOMENI, Gianbattista:** *Voz Pandectistica*, en NDI, Tomo XII, Turín, 1.975.

- **JAPIOT, René:** *Des Nullités en Matière d'Actes Juridiques*, editado por Arthur Rousseau, París, 1.909.

- **JENKS, Edward:**
Digeste de Droit Civile Anglais, Tomo I, traducción francesa de BAUMANN y GOULÉ, París, 1.923.
Digeste de Droit Civile Anglais, Tomo II, traducción francesa de BAUMANN y GOULÉ, París, 1.923.

- **JORDANO BAREA, Juan Bautista:**
Teoría General del Testamento, en *Estudios de Derecho Público y Privado Ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho Valladolid. Valladolid, 1.966.
Interpretación del Testamento, Barcelona, 1.958.

- **JOLOWITZ, J.A.:** *Droit Anglais*, traducción francesa de SHINDLER-VIGUIE, Stéphane, Editorial Dalloz, París, 1.986.

- **KASER, Max:** *Derecho Romano Privado*, traducción Española de SANTA CRUZ, Madrid, 1.968.

- **KIPP, Theodor:** *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, segunda edición a cargo de LUIS PUIG FERRIOL y FERNANDO BADOSA COLL, Editorial Bosch, Barcelona, 1.976.

- **LACALLE SERER, Elena:** *Protocolos Sobre Sucesiones y Herencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.011.

- **LACRUZ BERDEJO, José Luís:**
Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.
Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho, Editorial Dykinson, Madrid, 2.008.

Elementos de Derecho Civil, Tomo I, volumen 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 1.999.

Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Barcelona, 1.993.

Elementos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 2º, Editorial Dykinson, Barcelona, 1.987.

Elementos de Derecho Civil, Tomo V, volumen 2º, Madrid, 1.987.

Derecho de Sucesiones, Tomo I, Barcelona, 1.961.

- **LACRUZ BERDEJO, José Luís; ASÍS SANCHO REBULLIDA, Francisco de; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; y RAMS ALBESA, Joaquín:**

Elementos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 1º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.011.

Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.

Elementos de Derecho Civil, Tomo I, volumen 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

Elementos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 2º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

Derechos de Sucesiones, Editorial Bosch, Barcelona, 1.988.

- **LAMARCA MARQUÈS, Albert:** *Código Civil Alemán. Bürgerliches gesetzbuch*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2.008.

- **LANDO, O., y BEALE, H.:** *Principles of European Contract Law*, Parts I y II, ed. rev. y comb., Editado por Kluwer Law, La Haya-Londres-Boston, 2.000.

- **LARA PEINADO, Federico:** *Código de Hammurabi*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.986.

- **LARENZ, Karl:** *Derecho Civil*, Parte General, traducción española de IZQUIERDO, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1.978.

- **LASARTE, Carlos:**
Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII, sexta edición, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2.010.
Principios de Derecho Civil, Tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1.995.

- **LIPARI, Nicolás:** *Autonomia Privata e Testamento*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.970.

- **LISERRE, Antonio:** *Formalismi Negoziale e Testamento*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.966.

- **LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo:** *Carácter de la Nulidad de la Sustitución Fideicomisaria que Traspasa el Límite Legal*, en ADC, 1.950.

- **LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen:** *La Nulidad de los Contratos*, Valencia, 2.009.

- **LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco:** *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, Madrid, 1.990.

- **LUNA SERRANO, Agustín:** *Disciplina del Modo Testamentario Imposible*, en ADC, 1.968.

- **LUTZESCO, Georges:** *Teoría y Práctica de las Nulidades*, traducción española de ROMERO y LÓPEZ DE CERDA, Editorial Porrúa, Méjico, 1.975.

- **LLAMAS Y MOLINA, Sancho de:** *Comentario Crítico, Jurídico y Literal a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Tomo I, Analecta Editorial, Madrid, 1.853.

- **LLEDÓ YAGÜE, Francisco** (Director), **MONJE BALMACEDA, Oscar** (Coordinador), **GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainoa y BLANCO LÓPEZ, Jorge** (colaboradores especiales), **RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, ARENAL OTERO, Vicente Y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Javier:** *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.008.

- **LLEDÓ YAGÜE, Francisco:** *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.991.

- **LLOVERAS DE RESK, María Emilia:** *Tratado de las Nulidades Jurídicas*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.985.

- **MANIGK, Alfred:** *Studi di Diritto Italiano e Tedesco Sulla Natura e L'Inquadramento Degli Atti Giuridici Privati*, en *Annuario di Diritto Comparato*, 1.942.

- **MANRESA Y NAVARRO, José María:** *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1.901.

- **MARÍN PADILLA, María Luisa:** *El Principio General de Conservación de los Actos y Negocios Jurídicos Utile Per Inutile non Vitiatur*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.990.

- **MARTOS CALABRUS, María Angustias:** *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2.000.

- **MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre:** *Droit Civile*, Tomo I, Editor Sirey, París, 1.962.

- **MAYER-MALY, Theo:** *Münchener Kommentar zum BGB*, Tomo I, Munich, 1.984.

- **MAZZACATO, Aldo:** *Voz Pandettistica*, en ED, Tomo XXX, Milán, 1.965.

- **MAZEAUD, Henry, Leon y Jean:** *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española de ALCALÁ-ZAMORA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.960.

- **MCGREGOR, Harvey:** *Contract Code*, traducción de J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, Editorial Bosch, Barcelona, 1.997.

- **MEDINA, GRACIELA:** *Nulidad del Testamento*, Editorial Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1.995.

- **MEDINA DE LEMUS, Manuel:**
Derecho Civil, Tomo V, Editorial Dilex, Madrid, 2.005.
El Derecho Civil Español en los Últimos 50 Años, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2.000.

- **MESSINEO, Francesco:** *Derecho Civil y Comercial*, Tomo VI, traducción española de SENTÍS, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1.971.

- **MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa:** *La Interpretación Testamentaria. Notas a la Regulación del Código Civil*, Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, 2.003.

- **MEYER, Fritz:** *Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, Basel, 1.949.

- **MIRABELLI, Giuseppe:** *Dei Contratti in Generale*, en *Commentario del Codice Civile*, Tomo IV, volumen 2º, Editorial Utet, Turín, 1.967.

- **MITTEIS, Ludwig:** *Das Römischen Recht*, Leipzig, 1.908.

- **MOLINA PORCEL, Marta:** *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2.006.

- **MONTES PENADÉS, Vicente:** *El Modo Testamentario y las Prohibiciones de Disponer*, en ADC, 1.974.

- **MORENO MOCHOLI, Miguel:** *La Legislación de Tasas y el Contrato de Compraventa*, en RGLJ, 1.946.

- **MORENO QUESADA, Bernardo:** *Las Disposiciones Testamentarias con Causa Ilícita. Estudio en Honor del Profesor Giménez Fernández*, Publicado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Sevilla, 1.967.

- **MOSCO, Luigi:**
Principi Sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici, Editorial Jovene, Nápoles, 1.952.
La Conversione del Negozio Giuridico, Editorial Jovene, Nápoles, 1.947.

- **MUCIUS SCAEVOLA, Quinto:** *Código Civil Comentado y Concordado*, Tomo XIII, revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA, Francisco, Editorial Reus, Madrid, 1.943.

- **MUSATTI, Cesare:** *De Verborum Significatione. (in Tema di Interpretazione di Testamenti)*, en FI, 1.949.

- **NICOLÓ, Rosario:** *Il Codice Civile. La Costituzione e le Principali Leggi Civili e Commerciali*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.971.

- **NOVOA SEOANE, Ramón:** *Cláusula Testamentaria Dudosa*, en RDP, 1.921.

- **NÚÑEZ LAGOS, Rafael:** *El Derecho Sucesorio Ante la Tradición Española y el Código Civil*, en RGLJ, 1.951.

- **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:** *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, Ediciones Jurídicas DIJUSA, Madrid, 2.011.

- **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier** (coordinador), **GONZÁLEZ BÓVEDA, Pedro** y **SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio** (autores): *Derecho de Sucesiones*, Editorial La Ley, Códigos Magíster, Madrid, 2.006.

- **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier** y **PEDREIRA ANDRADE, Antonio:** *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.995.

- **OERTMANN, Paul:** *Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos*, en RDP, 1.929.

- **OPPO, Giorgio:** *Profili dell' Interpretazione Oggettiva del Negozio Giuridico*, Editor Zanichelli, Bolonia, 1.943.

- **OSSORIO MORALES, Juan:** *Manual de Sucesión Testada*, Editorial Comares, Granada, 2.001.

- **PACCHIONI, Giovanni:** *Diritto Civile Italiano*, Tomo II, Editorial CEDAM, Milán, 1.957.

- **PALANDT, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch*, Editorial Verlag C.h. Beck, Munich, 2.009.

- **PANERO, Ricardo:** *Formación de los Conceptos Jurídicos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.006.

- **PANNAIN, Remo:** *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*, Editorial Jovene, Nápoles, 1.933.

- **PARRA LUCÁN, María Ángeles:**
La Invalidez y la Ineficacia en el Proyecto de Pavía, en *Anotaciones Españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2.005.
Las Nulidades de los Contratos, En la Teoría y en la Práctica, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

- **PASQUAU LIAÑO, Miguel:** *Nulidad y Anulabilidad del Contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1.997.

- **PASETTI, Giulio:** *La Sanatoria per Conferma del Testamento e Della Donazione*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.953.

- **PASTOR RIDRUEJO, Félix:** *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1.964.

- **PELÁEZ DE MERES, Melchor:** *Tractatus Majoratuum et Meliolatorem Hispaniae*, Lugduni, 1.678.

- **PÉREZ ARDÁ, Enrique:** *Preterición Testamentaria Parcial*, en RGLJ, 1.913.

- **PÉREZ DE BENAVIDES, Manuel María:** *El Testamento Visigótico*, editado por el Instituto de Historia del Derecho, Universidad de Granada, Granada, 1.975.

- **PERLINGIERI, Pietro:** *Codice Civile Annotato*, Tomo IV, volumen 1º, Editorial Utet, Turín 1.980.

- **PERRIN, Jean:** *Essai Sur la Réductibilité des Obligations*, Editorial Thèse, París, 1.905.

- **PIOTET, Paul:**
Précis de Droit Successoral, Editorial Staempli & Cie S.A., Berna, 1.988.
De l'invalidité Partielle des Actes Juridiques, Specialment en Cas de Vice du Consentement, en *Révue de Droit Suisse*, 1.957.

- **PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges:** *Traite Pratique de Droit Civile Français*, Tomos I, V y VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.957.

- **PONSARD, André, y BLONDEL, Pierre:** *Nullité*, en *Encyclopédie Dalloz*, Tomo VI, editado por Dalloz, París, 1.993.

- **POU AMPUERO, Felipe:** *Ineficacia Sobrevenida del Testamento de Hermandad*, Revista Jurídica del Notariado, nº. 67, Julio-Septiembre, 2.008.

- **POTHIER, ROBERT Joseph:** *Traité des Obligations en Oeuvres de Pothier*, ordenadas y publicadas por M. Dupin, Béchet Ainé y F. M. Maurice Libraires, París, 1.824.

- **PUIG BRUTAU, José:**
Introducción al Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1.980.
Fundamentos de Derecho Civil, Tomo VI, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977.
Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977.
La Interpretación del Testamento en la Jurisprudencia, AAMN, XII, 1.962.

- **PUIG FERRIOL, Luís:** *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1.991.

- **PUIG PEÑA, Federico:**
Tratado de Derecho Civil Español. Tomo I, volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.958.
Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V, volumen 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.954.

- **RAMS ALBESA, Joaquín:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, XVII.1-B, Editorial Bosch, Madrid, 1.993.

- **RASCÓN, César:** *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Tecnos, Madrid, 2.008.

- **RESCIGNO, Pietro:**
Manuale del Diritto Privato Italiano, Jovene Editore, Nápoles, 1.986.
Interpretazione del Testamento, Jovene Editore, Nápoles, 1.952.

- **RIVAS MARTÍNEZ, Juan José:** *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Tomo I, Editorial Dikynson, cuarta edición, Madrid, 2.009.

- **ROBLEDA, Olís:** *La Nulidad del Acto Jurídico*, Editorial Universitá Gregoriana, Roma, 1.964.

- **ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis:** *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1.995.

- **ROGEL VIDE, Carlos:** *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.999.

- **ROMÁN GARCÍA, Antonio:**
Derecho de Sucesiones, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1.999.
Las Obligaciones Testamentarias en el Código Civil Español, Madrid, 1.999.

- **ROMERO PAREJA, Agustín:** *El Testamento en España. Nuevas Tecnologías y Formas Testamentarias*, Ediciones Cinca, Madrid, 2.007.

- **ROPPO, Enzo:** *Nullità Parziale del Contratto e Giudizio di Buona Fede*, en RDC, 1.971.

- **ROYO MARTÍNEZ, Miguel:**
Derecho Sucesorio Mortis Causa, Editorial Edelce, Sevilla, 1.951.
Transformación del Concepto del Contrato en el Derecho Moderno, en RGLJ, nº. 2, 1.945.

- **RUIZ MUÑOZ, Miguel:** *La Nulidad Parcial del Contrato y la Defensa de los Consumidores*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.993.

- **SACCO, Rodolfo:** *Il Contratto*. En *Trattato di Diritto Civile*, Tomo II, volumen 6º, dirigido por VASSALLI, Editorial Utet, Turín, 1.975.

- **SALVADOR CODERCH, Pablo:** *Comentario a la Sentencia de 26 de Marzo de 1.983*, Editorial Civitas, Madrid, 1.985.

- **SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier:** *Comentario al Artículo 673 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, Madrid, 1.990.

- **SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier** (coordinador); **MORENO QUESADA, Bernardo**; **GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel**; **OSSORIO SERRANO, Juan Miguel**; **RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia**; **GONZÁLEZ GARCÍA, José**; **HERRERA CAMPOS, Ramón**; **MORENO QUESADA, Luis** (autores): *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.009.

- **SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe:**
Estudios de Derecho Civil. Tomo II, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.911.
Estudios de Derecho Civil. Tomo VI, volumen 2º, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.910.

- **SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José:** *Historia del Derecho*, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 1.995.

- **SANCHO REBULLIDA, Francisco:** *Notas Sobre la Causa de la Obligación en el Código Civil*, en RGLJ, 1.971.

- **SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando:** *Esquemas de Sucesiones y Herencias*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.009.

- **SANTORO-PASSARELLI, Francesco:** *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción española de LUNA SERRANO, en RDP, Madrid, 1.964.

- **SANTOS BRIZ, Jaime:** *Derecho Civil*, Tomo VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.978.

- **SAVATIER, René:** *Cours de Droit Civil*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.949.

- **SCHERILLO, Gaetano:** *Corso di Diritto Romano*, Tomo II, Editorial Cisalpino, Milán, 1.967.

- **SCHULZ, Fritz:** *Derecho Romano Clásico*, traducción española de SANTA CRUZ, Editorial Bosch, Barcelona, 1.960.

- **SCIALOJA, Vittorio:** *Negocios Jurídicos*, traducción Española de PELSMAEKER, Editorial La Gavidia, Sevilla, 1.942.

- **SCOGNAMIGLIO, Renato:** *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.992.

- **SEONE SPIEGELBERG, José Luís:** *La Nulidad del Testamento*, en CDJ, Derecho de Sucesiones, 1.995.

- **SERRANO ALONSO, Eduardo:** *Manual de Derecho de Sucesiones*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1.997.

- **SIMLER, Philippe:** *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, en LGDJ, París, 1.969.

- **TANAGHO, Samir:** *De l'Obligation Judiciaire. Étude Morale et Technique de la Révision du Contrat par le Juge*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, París, 1.965.

- **TANDONGAN, Halûk:** *La Nullité, l'Annulation et la Résiliation Partielle des Contrats: Contribution à l'Étude de l'inefficacité Partielle des Actes Juridiques*, Editorial Genève, Lausana, 1.953.

- **TAMPONI, Michele:** *Contributo All'Esegesi de L'Articolo 1.419 Codice Civile*, en RTDPC, 1.978.

- **TAU ANZOATEGUI, Víctor:** *Esquema Histórico de Derecho Sucesorio: del Medievo Castellano al Siglo XIX*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1.971.

- **TORRALBA SORIANO, Orencio Vicente:** *El Modo en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.967.

- **TORRENT, Armando:** *El Negocio Jurídico en Derecho Romano*, editado por la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Oviedo, 1.984.

- **TRABUCCHI, Alberto:** *Il Dolo Nella Teoria dei Vizi del Volere*, Editorial CEDAM, Pádova, 1.936.

- **TRAVIESAS, Miguel:**
El Testamento, en RDP, 1.935.
Sobre Nulidad Jurídica, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1.914.

- **TROCCOLI, Luigi:** *Nullit  ed Impugnativa Parziale Degli Atti Amministrativi*, en Foro Administrativo, 1.959.

- **VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:**
Estudios de Derecho Sucesorio, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.989.
Panorama del Derecho de Sucesiones, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1.984.
El Deber de Instituir Herederos a los Legitimarios y el Actual Régimen de la Preterición en los Derechos Civiles, en ADC, 1.967.
Donación, Condición y Conversión Jurídica Material, en ADC, 1.952.

- **VALVERDE Y VALVERDE, Calixto:** *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1.935.

- **VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** *La Interpretación Integradora del Contrato en el Código Civil*, en ADC 1.987.

- **VERDERA IZQUIERDO, Beatriz:** *La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2.011.

- **VI NAS, Mey:** *Los Vicios de la Voluntad Testamentaria*, en Conferencias Col Nol. Valencia, 1.948.

- **VOCI, Pasquale:**
Diritto Ereditario Romano, Tomo II, Editorial Giuffr , Milán, 1.963.
In Tema di Sottoscrizione Parziale di Testamento Olografo, en Giurisprudenza Italiana, 1.950.

- **VOLTERRA, Edoardo:**
Diritto Romano e Diritti Orientali, Jovene Editore, Nápoles, 1.983.
Instituzioni di Diritto Privato Romano, Editorial Ricerche, Roma, 1.977.

- **VON TUHR, Andreas:** *Tratado de las Obligaciones*, traducción española de ROCES, Editorial REUS, Madrid, 1.934.
- **WEILL, Alex, Y TERRÉ, François:** *Droit Civil; les Obligations*, Editorial Dalloz, París, 1.975.
- **WINDSCHEID, Bernhard:** *Diritto Delle Pandette*, Tomo III, traducción de FADDA y BENSA, Unione tipografico-editrice, Torino, 1.925.
- **ZANZUCCHI, Marco Tullio:** *Diritto Processuale Civile*, Tomo I, Editorial Giuffrè, Milán, 1.948.
- **ZEPPIERI, Leone:** *Le Nullità nel Processo Penale*, Editorial Ulpiano, Roma, 1.934.

ANEXO III

SUMMARY

• INTRODUCTION.

The will, on occasions, fails to produce the effects desired by the testator, either for intrinsic reasons or extrinsic factors of the will. The aim of this study is to focus, especially, in those cases where the absence of the desired result becomes of the own testament, by a lack of compliance with the legal requirements, either in the moment of the manifestation of the volition or because of the lack of any requirement that should have been completed subsequently, based on which it would had been provisionally allowed by the ordinance.

Our Civil Code aims to regulate this complex subject in seven articles, comprised between the 737 and the 743. Despite it contains in Book III, Title III, Chapter I, Section X, an epigraph called “*On the revocation and ineffectiveness of wills*”, in which are inserted the articles cited above, the different cases in which a will is invalid or ineffective are not really regulated in it, not even in a general manner.

In this line, since 1.964, the courts have held that: *our civil order does not include a title or chapter with the general doctrine concerning the ineffectiveness of the legal business, with its range of non-existence, invalidity, voidability, resolution, rescission, revocation, termination, expiration, etc., nor either contains a general formation about the ineffectiveness of the wills; so they will have to be induced from the various precepts that refer to one and the other, without being able to fully applied to wills the general doctrine of the nullity of legal business, because of specific characteristics of the wills* (STS

November 12, 1.964⁶⁶¹). In this sense, also has subsequently pronounced the Supreme Court in SSTS November 26, 1.968 and October 3, 1.979, and more recently the Provincial Courts in sentences such as the one of May 12, 2.006 of the Provincial Court of La Coruña, the one of 15 March 2.007 of the Provincial Court of Madrid or the one of March 31 2.009 of the Provincial Court of Cantabria, among others.

This lack of definition in the terms of inefficiency and invalidity in our system is what we should use as our starting point. In this manner, we will try to fix these concepts to analyze later on if it is possible to apply the established to the will, either globally or partially.

⁶⁶¹ The Sentence November 12, 1.964 literally says that: *“nuestro ordenamiento civil no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una formación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aluden, sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos (inter vivos), por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias”*.

- **OBJECTIVES.**

The purpose of this work is the study and determination of the partial nullity of the will as an autonomous category. For this study we have began with the general ideas of ineffectiveness and invalidity to get to the recognition of the figure of the partial nullity in the succession law, despite the limited specific regulation, and the application of this figure in each individual case.

This Doctoral Thesis begins, therefore, with a general analysis of the figures of the ineffectiveness and the invalidity within the Spanish legislation, with their various categories, interpretations and scopes. This general analysis is completed with the study of these figures in the foral jurisdictions and with the study of several European projects about it. All this information will give us a general image of the current turbulent situation of the nullity and, consequently, the real position of the partial nullity.

The framework of the nullity is complemented with some notes about its treatment in some European legal systems.

After this general study, we have proceeded to narrow the field of study focusing on a specific analysis of the nullity within the scope of wills. During this investigation we will assess the limited regulation of the figure, despite its importance, and the implications, scope and effects of the nullity in this area of our legal system. We have, as well, assessed some other related figures.

All this previous work has allowed us to establish the basis for the specific study of the figure of the partial nullity of the will as an autonomous

category, its concept, its determination process, its budgets and its causes and effects.

• RESEARCH RESULTS.

The main conclusions of this research are:

- That our legal system does neither have a clear definition of what should be understood by inefficiency and what by invalidity, nor of the content and scope of these two figures, although it is important to carry out this distinction. The theories of the invalidity and the inefficiency, as far as regards the legal businesses, are quite divergent, even with regard to the terminology used and the appropriate content of each of them and the different grades of each of these figures and their own effects. Furthermore, it should be distinguished, within each of these figures, different categories. The determination, scope and effects of these categories are also not always clear for the doctrine. The fine line between one and the other makes it very difficult for the doctrine to reach an agreement to determine a definition or unitary system that covers each and every one of these figures with a clear and unequivocal meaning and effect.

In any case, either if we understand the inefficiency as the general concept that includes the invalidity and inefficiency “*stricto sensu*” or if we consider the invalidity and inefficiency as figures clearly differentiated, we should take into account that, initially, all invalid contract is ineffective, or has some kind of anomaly in its effectiveness, but not all inefficient contract is invalid, since invalidity and inefficiency act at a different level. Therefore, although both figures may come to match in the same business, it not always happens. For this reason it is important to carry out this conceptual distinction.

- The figure of the invalidity, at least in the field of contract, includes cases where irregularities can not be healed (cases of absolute nullity) and others in which the deficiencies or irregularities are milder

(voidability).

- When a business is null it does not create a real relationship between the parties (*“quod nullum est, nullum producit effectum”*), but other legal consequences can be derived from that business.

Regarding the extent of the effects (which may occur over the whole business -total nullity- or affect only to a part of the business -partial nullity-) and the spread of inefficiency to other businesses, until a legal rule regulates it, seems reasonable to consider that the nullity of the main leads the one of the accessory, while the nullity of the accessory should not affect the main part. Therefore, in order to determine the extension of the nullity, we must attend to the specific bargaining purposes, taking into account the circumstances of the case, the nature of the business and the requirements of the good faith.

- The nullity of a business can be total or partial. The partial nullity is based on the principle of the contracts preservation and on the maximum that says that the invalid part can not vitiate the valid part (*“utile per inutile non vitiatur”*). Within the scope of positive law, the partial nullity has its own field of application, with many cases that collect its application and with a great practical utility. This figure is a way to save the practical intention of the parties, so that their willingness does not result completely frustrated.

- The inexistence of a business is that situation in which the elements that represent or that imply the nature or essence of the business are missing, so that in its condition is precisely inconceivable, i.e., it is impossible the identification of that business. The inexistent business, unlike the null, can not even be thought of as a factual situation.

- The figure of partial nullity is admitted in the legal systems of our environment, though with different nuances in each of them.

Under German law, the general rule under the law of succession determines that the partial nullity prevails (§ 2.085 of BGB), so that the total nullity will be the exception; in contrast to what happens for the rest of the legal businesses, in which the general rule is the total nullity (§ 139 of BGB.). The same applies under Italian law, which establishes that in the testamentary field, by analogy application of the article 1.419 of the Italian Civil code, the general rule is the partial nullity and the exception the total one. In France, without a determining rule, we should attend to each individual case, although we understand that the preference should be for the partial nullity. In the Common law is also accommodated the figure of the partial nullity, although with more diffuse limits, from what we understand that we should also attend to each particular case. Swiss law also contains this figure and opts for the primacy of the partial nullity over the total.

- Under the Spanish Foral rights the regulation of the nullity is not homogeneous. The Aragón law, not only expressly difference between total and partial nullity, but also establishes the limitation of this matter in the Common law and the need to resort to standardized contracts to fill the existing gaps. The Balear law does not expressly regulate this matter, but it must be understood that it admits the existence of the partial nullity, because it regulates various assumptions on which it is applied. The Civil code of Catalonia expressly regulates the figure of the partial nullity in the testamentary field and establishes that the nullity of any provision shall not affect the remainder of the will, unless that had been the intention of the testator. On this line it also admits two hypotheses of conversion of a will when the original is null in the terms established in that provision. The Navarra Compilation also explicitly refers to the figure of the partial nullity

and regulates the scope and limits of it. The Vasco foral civil law does not provide any regulation in this regard, so the provisions of Common law must be applied.

- Our Civil code has no specific regulation about the testamentary inefficiency, although apparently the Section X, Chapter I, Title III, Book III, called *"On the revocation and ineffectiveness of wills"*, want us to think otherwise. The regulation of it is limited to the article 743 and to the second paragraph of the article 675, in which the Civil code reflects the possibility of the partial nullity specifically in the area of wills.

The aforementioned lack of specific regulation forces us to find out the testamentary ineffective regime from the specific cases listed in the Civil code and the jurisprudence and get to ask ourselves what should be the most appropriate means to fill the gaps that we find in this area.

- It seems logical that it is precisely in the regulation of contracts, where you can find the origins of those categories, where we should consult to complete the lack of self and specific regulation of the testamentary inefficiency, regardless the wills are understood as a special legal business or as something different from them. Although the regulation of the inefficiency in the area of contracts can be the base to complete the lack of specific regulation for the testamentary inefficiency, the regulation of the invalidity of the contracts can not be applied directly and generally in the testamentary area due to the peculiarities and specific characteristics of the wills which must be respected. Until the testamentary inefficiency is specifically regulated, to the investigation of the true meaning of the words used by the testator should be apply many of the rules of the interpretation of contracts.

- It is discussed the possibility of application of the annullability

to wills. What is evident is that, in the practice, regardless of the position taken, there are cases in which to produce a declaration of nullity/annullability it is necessary that the one who knows the concurrence of the vice and has the ability to bring the action actually bring that action, so that if he does not act or make public the vice that will end up causing the effects.

- The will can contain various covenants, clauses or provisions that create a variety of rights and/or obligations. In this way, it may happen that only a part of a will fulfils with the law while another is contrary to it. Although the Civil Code does not establish a general rule, it opens the door to the partial nullity in Article 743; also various articles establish that the nullity of a part of a legal business can not affect the validity of the whole.

This application of severability has its origin in the Latin expression *"utile per inutile non vitiatur"*. Which is based on that nothing justifies that when it has been wanted a plurality of effects or outcomes, one that is valid in itself should stop being valid because another one is not valid. The practice, in which the figure of the partial nullity has great importance, also compels us to recognize the figure.

- The partial nullity requires for its materialization, the concurrence of four basic premises: a) the nullity or the invalidity of a part of a whole; b) that the whole is divisible; c) that the resulting legal business has its own entity and that it satisfies sufficiently and balanced the interests of all parties; and d) that the parties want to occur such partial nullity.

- Regarding the application of the partial nullity, in everyday practice, the first effect of partial null businesses is that it originates the right to exercise the corresponding nullity action. However, the null can not affect any legal relationship whatsoever, or create a new one, but may give

rise to claims for damages by third parties of good faith.

The effects of the partial nullity are: a) the obligations arising from what is invalid may not be required when not yet executed; b) effects that occurred before the declaration of invalidity must be taken for not produced; c) things have to be restored to their original state, except those that would have occurred against the originator of nullity; d) its ineffectiveness is transferred to those businesses that had their origin or basis in the null part.

- Initially, the partial nullity will not generate the opening of the intestate succession and it also will not produce the reviviscence of the will previously revoked by that partially declared null. The partial nullity will display its effects within the originally scoped fixed by the will in which the clause was declared void, and will limit its effects.

- The adaptation of the will partially null will be produced by the disappearance of the part declared null or the replacement of it according to the provisions of the law.

- Nevertheless partially null wills can, in some cases, produce the effects they contain.

• MAIN BIBLIOGRAPHY.

- **ALBADALEJO GARCÍA, Manuel:**
Curso de Derecho Civil, Tomo V, novena edición, Anzos, S.L., Madrid, 2.008.
Derecho Civil. Tomo I, Editorial Bosch, Zaragoza 1.995.
Derecho Civil. Tomo II, volumen 2º, Editorial Bosch, Madrid, 1.985.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, volumen 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1.990.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.983.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. volumen 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1.987.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.984.
Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Madrid, Editorial Edersa, Madrid, 1.982.
El Negocio Jurídico, Editorial Bosch, Madrid, 1.958.
- **ALBEIZ DOHRMANN, Klaus Jochen:** *Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2.002 del BGB*, en ADC, 2.002.
- **BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.:** *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Madrid, 2.003. La parte III fue publicada por O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM y R. ZIMMERMANN, La haya, 2.003.
- **BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel:** *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, Tomo III, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, París, 1.908.

- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1.996,
- **BETTI, Emilio:** *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Comares, Granada 2.000.
- **BOLOGNA, Italo:** *Considerazioni Sulla Nullità Parziale nei Negozi Giuridici*, Recogida en *Giurisprudenza Completa di Cassazione Civile*, 1.951.
- **BONET CORREA, José:** *Código Civil con Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo III, Madrid, 1.987.
- **BORRACHINA Y PASTOR, Federico:** *Derecho Foral Español. En sus Relaciones con el Código Civil, la Jurisprudencia del tribunal Supremo y Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Tomo III, Analecta Ediciones y Libros S.L., Pamplona, 2.004.
- **CARIOTA-FERRARA, Luigi:** *El Negocio Jurídico*, traducción española de ALBADALEJO, Ediciones Aguilar, Madrid, 1.956.
- **CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro C.:** *La Nulidad Parcial del Testamento*, Centro de Estudios Registrales, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2.002.
- **CASTÁN TOBEÑAS, José:**
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo VI, volumen 1º, Editorial Reus, Madrid, 2.010.
Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo IV, volumen 1º, Editorial Reus, Madrid, 1.992.

Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I, volumen 2º, Editorial Reus, Madrid, 1.987.

- **CICU, Antonio:** *El Testamento*, traducción española de FAIRÉN, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959.
- **CRISCUOLI, Giovanni:** *La Nullita Parziale del Negozio Giuridico*, Editorial Giuffrè, Milán, 1.959.
- **CUADRADO IGLESIAS, Manuel:**
Código Civil. Concordado y Anotado con Legislación y Jurisprudencia, Editorial Dykinson, Madrid, 2.007.
El Testamento Mancomunado en el Ordenamiento Jurídico Español Después de la Ley de 24 de Diciembre de 1.981, en RDP, 1.983.
Configuración Jurídica del Llamado Pseudo Usufructo Testamentario, en RDP, 1.971.
- **CUADRADO PÉREZ, Carlos:** *Distribución de Toda la Herencia en Legados*, en Revista de Actualidad Civil, 2.002.
- **DE CASTRO Y BRAVO, Federico:**
Derecho Civil de España, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2.008.
El Negocio Jurídico, facsímil de la edición original de 1.971, Editorial Civitas, Madrid, 1.985.
- **DE LA OLIVA, Andrés, y FERNÁNDEZ, MIGUEL Ángel:** *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.991.
- **DE LOS MOZOS, José Luís:** *Anomalías del Contrato y sus Remedios: Inexistencia, Nulidad y Anulabilidad en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ahora en *Estudios Sobre*

Derecho de Contratos, Integración Europea y Codificación, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2.005.

- **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:** *Una Propuesta de Política del Derecho en Materia de Sucesiones por Causa de Muerte* en Derecho de sucesiones: presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2.006.
- **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles:** *Las Nulidades de los Contratos. En la Teoría y en la Práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.
- **DÍEZ-PICAZO, Luís:**
Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Editorial Civitas, Pamplona, 2.007.
Sistema de Derecho Civil, Tomo IV, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.986.
La Pluralidad de Testamentos, en Estudios de Derecho Privado. Editorial Civitas, Madrid, 1.980.
- **DÍEZ-PICAZO, Luís Y GULLÓN, Antonio:**
Sistema de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Editorial Tecnos, décima edición, Madrid, 2.008.
Sistema de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Tecnos, undécima edición, Madrid, 2.005.
- **ENNECCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; Y WOLF, Martín:**
Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981.

- **GANDOLFI, Giuseppe:** *Code Européen des Contracts*, Avant-projet, Livre I, ed. rev. por L. Gatt, Editorial Giuffrè, Milán, 2.004.

- **GARCÍA AMIGO, Manuel:** *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1.995.

- **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith; LLOBET AGUADO, Josep:** *Derecho de Sucesiones*, Editorial. Cálamo, Barcelona, 2.006.

- **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Directora); SOLÉ RESINA, Judith (Coordinara):** *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Civitas, Pamplona, 2.011.

- **GOMÁ SALCEDO, J. Enrique:** *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 2.007.

- **GORDILLO CAÑAS, Antonio:** *Nulidad, Anulabilidad e Inexistencia. (El Sistema de las Nulidades en un Código Latino Situado Entre la Primera y la Segunda Codificación)*, en *Centenario del Código Civil (1.889-1.989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1.990.

- **GUTIERREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo:** *Testamentos Especiales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.996.

- **HERNÁNDEZ GIL, Antonio:** *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.969.

- **JAPIOT, René:** *Des Nullités en Matière d'Actes Juridiques*, editado por Arthur Rousseau, París, 1.909.

- **JORDANO BAREA, Juan Bautista:** *Teoría General del Testamento*, en *Estudios de Derecho Público y Privado Ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho Valladolid. Valladolid, 1.966.

- **JOLOWITZ, J.A.:** *Droit Anglais*, traducción francesa de SHINDLER-VIGUIE, Stéphane, Editorial Dalloz, París, 1.986.

- **LACRUZ BERDEJO, José Luís:**
Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.
Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho, Editorial Dykinson, Madrid, 2.008.
Elementos de Derecho Civil, Tomo I, volumen 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 1.999.
Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Barcelona, 1.993.
Elementos de Derecho Civil, Tomo V, volumen 2º, Madrid, 1.987.
Derecho de Sucesiones, Tomo I, Barcelona, 1.961.

- **LACRUZ BERDEJO, José Luís; ASÍS SANCHO REBULLIDA, Francisco de; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; y RAMS ALBESA, Joaquín:**
Elementos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 1º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.011.
Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.
Elementos de Derecho Civil, Tomo I, volumen 3º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.
Elementos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 2º, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.
Derechos de Sucesiones, Editorial Bosch, Barcelona, 1.988.

- **LANDO, O., y BEALE, H.:** *Principles of European Contract Law*, Parts I y II, ed. rev. y comb., Editado por Kluwer Law, La Haya-Londres-Boston, 2.000.

- **LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen:** *La Nulidad de los Contratos*, Valencia, 2.009.

- **LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco:** *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, Madrid, 1.990.

- **LLEDÓ YAGÜE, Francisco:** *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.991.

- **MAYER-MALY, Theo:** *Münchener Kommentar zum BGB*, Tomo I, Munich, 1.984.

- **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier** (coordinador), **GONZÁLEZ BÓVEDA, Pedro y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio** (autores): *Derecho de Sucesiones*, Editorial La Ley, Códigos Magíster, Madrid, 2.006.

- **OSSORIO MORALES, Juan:** *Manual de Sucesión Testada*, Editorial Comares, Granada, 2.001.

- **PALANDT, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch*, Editorial Verlag C.h. Beck, Munich, 2.009.

- **PARRA LUCÁN, María Ángeles:**
La Invalidez y la Ineficacia en el Proyecto de Pavía, en *Anotaciones Españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2.005.

Las Nulidades de los Contratos, En la Teoría y en la Práctica, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

- **PASTOR RIDRUEJO, Félix:** *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1.964.
- **PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges:** *Traite Pratique de Droit Civile Français*, Tomos I, V y VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.957.
- **PONSARD, André, y BLONDEL, Pierre:** *Nullité*, en *Encyclopédie Dalloz*, Tomo VI, editado por Dalloz, París, 1.993.
- **PUIG BRUTAU, José:**
Introducción al Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1.980.
Fundamentos de Derecho Civil, Tomo VI, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977.
Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, volumen 2º, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977.
- **PUIG PEÑA, Federico:** *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I, volumen 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.958.
- **RAMS ALBESA, Joaquín:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, XVII.1-B, Editorial Bosch, Madrid, 1.993.
- **RIVAS MARTÍNEZ, Juan José:** *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Tomo I, Editorial Dikynson, cuarta edición, Madrid, 2.009.

- **ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis:** *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1.995.

- **ROGEL VIDE, Carlos:** *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.999.

- **ROYO MARTÍNEZ, Miguel:** *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1.951.

- **SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier** (coordinador); **MORENO QUESADA, Bernardo; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; OSSORIO SERRANO, Juan Miguel; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia; GONZÁLEZ GARCÍA, José; HERRERA CAMPOS, Ramón; MORENO QUESADA, Luis** (autores): *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.009.

- **SANTORO-PASSARELLI, Francesco:** *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción española de LUNA SERRANO, en RDP, Madrid, 1.964.

- **SANTOS BRIZ, Jaime:** *Derecho Civil*, Tomo VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.978.

- **TANDONGAN, Halûk:** *La Nullité, l'Annulation et la Résiliation Partielle des Contrats: Contribution à l'Étude de l'inefficacité Partielle des Actes Juridiques*, Editorial Genève, Lausana, 1.953.

- **VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:**
Estudios de Derecho Sucesorio, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.989.
Panorama del Derecho de Sucesiones, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1.984.

- **VERDERA IZQUIERDO, Beatriz:** *La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2.011.